

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

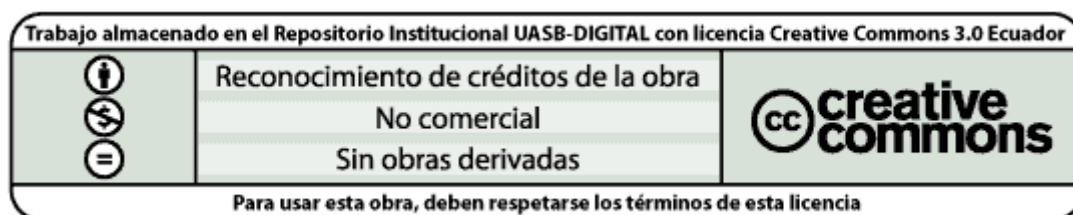
Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

“Razonamiento práctico” en la acción de protección en Ecuador

Fausto Rodrigo Flores Ramírez

Tutor: Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Fausto Rodrigo Flores Ramírez, autor de la tesis intitulada “Razonamiento práctico en la acción de protección en Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Lunes 14 de diciembre de 2015

Firma:

Resumen

El presente trabajo de investigación pretende demostrar que el razonamiento práctico justificativo es el método adecuado para la fundamentación de la sustanciación y resolución de las acciones ordinarias de protección bajo la premisa que al coincidir sus fundamentos y finalidades al ser desarrollados en conjunto puede garantizar niveles óptimos de eficacia de dicha garantía jurisdiccional. Al efecto: en primer lugar desarrollaré los conceptos e ideas transversales más importantes del razonamiento práctico justificativo propuesto por el filósofo argentino Carlos Santiago Nino (casos en que debe aplicarse, precondiciones de los sujetos deliberantes, estructura del razonamiento, relaciones epistémicas de los conceptos “razonamiento práctico” y “contextos”, relaciones epistémicas entre los conceptos “razonamiento práctico justificativo” y “acción ordinaria de protección”, finalidades del razonamiento práctico justificativo y procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos. En segundo lugar me ocuparé de algunas importantes críticas propuestas en contra de los razonamientos prácticos incluyendo el razonamiento práctico justificativo (Ulises Schmill, Rolando Tamayo y Óscar Correas). Y, en tercer lugar, desarrollaré un análisis cuali – cuantitativo de varias muestras de investigación constituidas por procesos constitucionales de acciones ordinarias de protección con el propósito de verificar la validez de la premisa inicial consistente en la relación ideal entre razonamiento práctico justificativo y acción ordinaria de protección.

Palabras clave: Carlos Santiago Nino, razonamiento jurídico, razonamiento práctico, razonamiento práctico justificativo, razonamiento normativo, acción ordinaria de protección.

A mis seres amados.

Índice

Introducción	6
Capítulo primero: Razonamiento práctico justificativo	10
1.1. Precondiciones de los sujetos deliberantes para la aplicación del razonamiento práctico justificativo	12
1.2. Casos en que debe aplicarse el razonamiento práctico justificativo	18
1.3. Estructura del razonamiento práctico justificativo	29
1.4. Razonamiento práctico justificativo y “contexto”	38
1.5. Finalidades del razonamiento práctico justificativo	43
1.6. Razonamiento práctico justificativo y proceso constitucional de acción de protección	47
1.7. Procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos	50
Capítulo segundo: Argumentos críticos en contra del razonamiento práctico justificativo	55
2.1. Ulises Schmill	55
2.2. Rolando Tamayo Salmorán	60
2.3. Óscar Correas	74
Capítulo tercero: Análisis de las muestras de investigación	82
3.1. Metodología de procesamiento de información de las muestras de investigación	82
3.2. Matriz de verificación de las hipótesis	87
3.3. Conclusiones	98
Bibliografía	101

Introducción

Los “razonamientos”, en sentido mínimo, son procesos secuenciales de asociación de ideas y derivación de otras ideas que tienen como finalidad el desarrollo de conocimientos. Por su parte, los “razonamientos prácticos”, también en sentido mínimo, son razonamientos morales que tienen como finalidad la reivindicación de valores normativos de aspectos o elementos característicos de la realidad material del derecho en contraste con valores normativos de instituciones y reglas jurídico – positivas que corresponden a estructuras culturales –de hecho “artificiales”– en lugar de a dicha realidad material. Y finalmente el “razonamiento práctico justificativo”, que además de presuponer las características básicas del razonamiento y del razonamiento práctico, comprende otras características: la inclusión de valores no exclusivamente morales (ejemplos: prudenciales, éticos, ético – políticos, espirituales –de acuerdo a hipótesis romántica de diversas teorías garantistas–), la ampliación de su campo de acción al procedimiento del debate democrático, la inclusión de fuentes no ortodoxas de la teoría del derecho y de los sujetos deliberantes en general; y además ha sido desarrollado partiendo de la teoría original y/o “única” –desde el punto de vista de su “consistencia” o “principio de unidad”– del filósofo del derecho argentino Carlos Santiago Nino denominada “razonamiento práctico justificativo”, aclarando que su característica de “justificabilidad” obviamente comprendería los procesos contencioso – judiciales y especialmente el correspondiente proceso de acción de protección.

La importancia de los razonamientos prácticos y del razonamiento práctico justificativo en el campo del derecho se debe a que fundamentan un auténtico enfoque de la acción racional según el cual debemos aplicar el derecho como si sus normas fueran auténticas razones para dicha acción, es decir conscientes de su alcance y finalidad, en lugar de aplicarlo mecánicamente.

Curiosamente la implementación de la acción de protección constitucional de derechos, entre otros mecanismos de protección constitucional del género, y sucesivas reformas constitucionales y legales en Ecuador a partir del 2008, dieron origen a la revisión de muchas cuestiones tradicionales de la filosofía del “derecho” –entendido como “sistema” y “praxis social” de la “acción jurídica”– tales como: la validez del derecho, la teoría de fuentes, la interpretación constitucional menos ortodoxa y demás, sin olvidar especialmente la “razón teórica del derecho”, es decir la “normatividad

positiva”, es decir derivada exclusivamente de las normas positivas del derecho y más específicamente derivada de las reglas jurídicas legales e infralegales; lo que ha generado –en mi opinión personal– condiciones apropiadas para la consideración de nuevos modelos metodológicos de la ciencia jurídica entre los que se encuentra la razón práctica sintetizada en su método específico denominado razonamiento práctico justificativo, ya se trate de su titularidad “utópica” o de su complementariedad con la razón teórica del derecho, en todo caso más próxima a las estructuras socio – institucionales existentes.

Con estos antecedentes, la presente investigación comprenderá los siguientes aspectos organizados de acuerdo con el siguiente esquema:

En el primer capítulo exploraré los aspectos que a mi juicio constituyen o deben constituir un pequeño programa de pedagogía básica de la teoría del filósofo argentino sobre el razonamiento práctico justificativo, aclarando que inclusive el esquema adoptado simplifica el conjunto de explicaciones de Nino sobre el tema y reparando en el hecho de que sobre los aspectos en los que pesa cierta oscuridad, he procurado desarrollar ideas complementarias que arrojen luz consistentes con el contexto general de dicha teoría; en consecuencia:

En el ítem 1.1, exploraré la teoría del filósofo argentino sobre las precondiciones de los sujetos deliberantes para la aplicación del razonamiento práctico justificativo; en el ítem 1.2, los casos o supuestos hipotéticos más idóneos para su aplicación potencial; en el ítem 1.3, la estructura básica del razonamiento sujeta a los contextos y casos – hipotetizados por el filósofo argentino– más próximos a la teoría y praxis del derecho; en el ítem 1.4, la relación entre razonamiento práctico justificativo y “contextos”, éstos últimos bajo los entendidos de “concepto discursivo” y “fenómeno social”; en el ítem 1.5, las finalidades del razonamiento práctico justificativo; en el ítem 1.6, la relación entre el razonamiento práctico justificativo y el proceso contencioso – judicial de acción de protección constitucional de derechos –bajo el entendido de que este último es un complejo de acción de los sujetos deliberantes combinado con un marco institucional específico– (aclarando que Carlos Nino desarrolló los rasgos esenciales del control judicial de constitucionalidad sin más, por lo que considero que la presente investigación posee un margen un poco más amplio de originalidad en dicho punto); y finalmente en el ítem 1.7, la eventual aplicación del razonamiento práctico justificativo

a textos constitucionales y legales, que constituye en realidad un subtipo muy específico de relación entre el método y los “contextos”, en el entendido de que éstos últimos constituyen “discursos” particulares en el discurso garantista general.

Y por otra parte en el segundo capítulo desarrollaré –aunque no con la extensión que desearía– un estudio cuali–cuantitativo de varios procesos contencioso – judiciales de acción de protección constitucional de derechos, casos con una evidente relación moral entre el interés mayoritario expresado en las decisiones de las instituciones de la democracia representativa, los niveles de interés personal y colectivo de los sujetos deliberantes y el interés universal de la naturaleza en su condición de beneficiaria de mejor calidad de la concepción liberal de derechos, en tres ítems:

En el ítem 2.1, desarrollaré los rasgos básicos de la metodología de investigación y análisis de las muestras seleccionadas; en el ítem 2.2, desarrollaré un análisis basado en una matriz de información sólida que tiene como finalidad verificar tres aspectos: si el diseño institucional de dicho proceso constitucional es consistente con los aspectos esenciales del razonamiento práctico justificativo; si las muestras de investigación acreditan razonamientos prácticos ordinarios o razonamientos prácticos más complejos, próximos al razonamiento práctico justificativo; y si dichas muestras acreditan variables ajenas al razonamiento práctico y al razonamiento práctico justificativo pero idóneas para su promoción o aversión circunstancial o indirecta, en resumen criterios sobre la existencia de una zona gris del método democrático; y finalmente en el ítem 2.3 desarrollaré las conclusiones de la presente investigación procurando identificar relaciones actuales o potenciales entre el razonamiento práctico justificativo y los procesos contencioso – judiciales de acción de protección constitucional de derechos.

Habiendo dicho esto quiero dejar constancia de que las limitaciones más importantes de la investigación han sido: la falta de tiempo suficiente para leer e incluir en la medida de lo posible los numerosos y menos conocidos trabajos del filósofo argentino; asimismo la falta de tiempo suficiente para procesar de forma más comprensible la información de las muestras de investigación; el límite de páginas que condiciona incluso una reseña básica de las ideas más importantes del filósofo argentino sobre el razonamiento práctico justificativo; y la imposibilidad de llevar a cabo entrevistas a los jueces que desarrollaron las muestras de investigación por obvias

razones, entrevistas que hubieran reducido aún más mi subjetividad en la apreciación de la matriz de análisis de datos de las mismas.

Finalmente, también quiero anticipar, a breves rasgos, que la investigación demostrará que el razonamiento práctico justificativo no necesariamente se opone a los razonamientos teórico – normativos de inspiración kelseniana, sino que al contrario también puede complementarlos; también la actualidad, pertinencia e idoneidad del mismo en relación con los procesos constitucionales del género, ya que de hecho los jueces de garantías jurisdiccionales y control constitucional emplean razonamientos prácticos ordinarios; y finalmente que la teoría del filósofo argentino sobre el razonamiento práctico justificativo también permite explicar la estructura de los razonamientos prácticos ordinarios mencionados; entre otros elementos de análisis relevantes que desarrollaré oportunamente.

Capítulo primero

Razonamiento práctico justificativo

Los “razonamientos prácticos” son aquéllos que tienen su origen en normas prácticas o normas morales (que para el caso dan lo mismo) y que concluyen en decisiones prácticas; es decir en decisiones que conllevan manifestaciones materiales de la voluntad tales como acciones u omisiones; mientras que los “razonamientos prácticos justificativos” también incluyen normas jurídicas, éticas y ético – políticas aunque poseen la misma conclusión.

En sentido concordante la premisa fundamental de la presente investigación consiste en que el proceso judicial correspondiente a la acción ordinaria de protección constituye un contexto favorable para la aplicación del razonamiento práctico justificativo, aclarando que me refiero específicamente a la propuesta metodológica del filósofo argentino Carlos Santiago Nino.

En virtud de esta premisa fundamental explicaré y desarrollaré la presente investigación a través del siguiente esquema de contenidos:

En primer lugar, los conceptos relacionados directa o indirectamente con el razonamiento práctico justificativo más importantes desde el punto de vista de las teorías jurídicas propuestas por el filósofo argentino, tales como: los casos en los que efectiva e hipotéticamente puede ser aplicado el método; los prerequisites que deben cumplir los sujetos deliberantes que pretenden emplearlo; la estructura básica y la estructura aleatoria que puede revestir el método; las relaciones que debe mantener el método con el “contexto” como entidad teórica y con el proceso de acción ordinaria de protección como entidad concreta; las finalidades del método en el contexto general de la propuesta de democracia deliberativa sostenida por el filósofo argentino; y el procedimiento de aplicación del método a la interpretación del derecho a partir de textos jurídicos.

En segundo lugar, procuré reivindicar la actualidad de la tesis del filósofo argentino confrontándola con críticas actuales propuestas en su contra de la misma así como de otros modelos de razonamientos prácticos jurídicos – justificativos, generando de esta forma un debate muy interesante y aprovechable en la medida en que proporciona elementos valiosos de análisis para desarrollar mi tesis sobre la relación entre el método democrático y el proceso de acción ordinaria de protección; los

argumentos críticos analizados pertenecen a los profesores – investigadores Ulises Schmill, Rolando Tamayo Salmorán y Óscar Correas y están insertos en el debate editado por el profesor – investigador mexicano Rodolfo Vásquez, denominado “Normas, razones y derechos / Filosofía jurídica contemporánea en México”, ¿por qué analicé únicamente estos argumentos críticos o éstos y no otros? Porque sus contenidos guardan mayor afinidad con los conceptos desarrollados en el primer capítulo de la presente investigación.

Y, en tercer lugar, una vez que se ha expuesto de forma consistente la estructura de la tesis en cuestión y también habiéndola problematizado destacando con el propósito de enfocar sus zonas de penumbra así como sus aspectos más sólidos – que son la mayoría –, desarrollaré un estudio comparativo de casos reales de procesos de acciones ordinarias de protección con el propósito de determinar qué tipo de razonamiento judicial ha sido empleado en las muestras, qué elementos de análisis de la tesis nineana se encuentran presentes en la sustanciación y resolución de las mismas y por ende qué probabilidad existe sobre base del cien por ciento (100%) de probabilidades de aplicar el método democrático en procesos semejantes.

Habiendo dicho esto, en general, el análisis de la tesis del filósofo argentino Carlos Nino denominada “razonamiento práctico justificativo” comprende dos tipos de aspectos: elementos de análisis de tipo lógico y elementos de análisis de tipo fáctico¹.

Los primeros son elementos de metateoría jurídica, no exclusivamente jurídicos, conceptos tales como “constitucionalismo complejo” y “democracia deliberativa”; mientras que los segundos expresan características o aspectos materiales de realidades visualizadas por el autor en las cuales asumimos la necesidad efectiva de la aplicación

¹Mi intención al referirme al “análisis jurídico” es la de procurar extraer las ideas más importantes de Carlos Nino relativas al razonamiento práctico justificativo con la finalidad de sentar las bases para la elaboración de una teoría de la praxis constitucional, ya que éste autor catalogado como ponente de la filosofía jurídica analítica desarrolló ideas basadas en la obra kantiana (Crítica de la razón práctica; y, Teoría y praxis), en tal sentido considero que el concepto de análisis jurídico desarrollado por Juan–Ramón Capella es bastante consistente con mi intención: Cfr.: Capella, Juan–Ramón, *Elementos de análisis jurídico* (Madrid, Editorial Trotta S. A., 2008), 45 – 7. En sentido concordante Hubed Bedoya desarrolló varios conceptos con el fin de defender la naturaleza científica del derecho y delimitar el ámbito el “alcance fenomenológico” y el “alcance lógico” de su correspondiente actividad científica: Cfr. Bedoya, Hubed, *Dogmática como derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009), 63 – 73 y 203 – 52. Y sobre el “individualismo metodológico” como filosofía de las ciencias sociales: Cfr.: Hollis, Martin, *Filosofía de las ciencias sociales* (Barcelona, Editorial Ariel S. A., 1998), preliminares y 1 – 27. Zapata–Barrero, Ricard y Sánchez–Montijano, Elena, *Manual de investigación cualitativa en la ciencia política* (Madrid, Editorial Tecnos, 2011), 41 – 60. Nohlen, Dieter, *¿Cómo estudiar ciencia política?/Una introducción en trece lecciones* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2012), 17 – 27, 64 – 8.

de dicho razonamiento, en virtud de lo cual son vistas como condicionantes externos de su aplicación, elementos tales como la “dimensión procesal de la democracia deliberativa” y la “dimensión procesal del control judicial de constitucionalidad”².

En mi opinión personal, los elementos de análisis más importantes de ambos tipos que giran en torno al razonamiento práctico justificativo son los siguientes:

1.1. Precondiciones de los sujetos deliberantes para la aplicación del razonamiento práctico justificativo

Las precondiciones que los sujetos deliberantes deben cumplir con antelación a la aplicación del razonamiento práctico justificativo son: imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes; los cuales, atentos a su naturaleza de “principios lógicos”, en mi opinión personal principalmente cumplen la función de ofrecer posibilidades de optimización de la calidad de dicho razonamiento³.

Por su parte, el filósofo argentino desarrolló estos principios específicamente en el quinto capítulo denominado “Los fundamentos de la democracia deliberativa” de su obra “La constitución de la democracia deliberativa” en el contexto en que el procedimiento del debate democrático es el recurso idóneo de los sujetos deliberantes para acceder a los conocimientos morales fundamentales de la sociedad en que viven, por lo que los ha calificado afirmando que: “[los principios en cuestión son] presupuestos formales del razonamiento [práctico justificativo] que sirven como filtros para evitar la aplicación de principios [prácticos] que no sean válidos”⁴.

También debo anotar que el análisis del filósofo argentino sobre la connotación moral del procedimiento del debate democrático aprovechó el trabajo de los filósofos políticos John Rawls y Jürgen Habermas, razón por la cual sugiero su lectura conjunta para mejor comprensión del razonamiento práctico justificativo que debe ser empleado por los legisladores democráticos en calidad de sujetos deliberantes. En tal sentido, John Rawls ha reconocido la importancia de dichos principios principalmente en contextos monológicos de proximidad con la “verdad moral”, lo que pone de relieve la dimensión subjetiva de dichos sujetos deliberantes, perspectiva consistente –en mi opinión personal– con los denominados “procesos de búsqueda” de la verdad moral, en virtud

²Ver: Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa* (Barcelona, Gedisa Editorial, 1997), 13 – 29 y 202 – 302. Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000), 1 – 14 y 657 – 706.

³Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 154 – 60 y 166 – 98.

⁴Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 156.

de lo cual se le ha atribuido la corriente de pensamiento denominada “constructivismo ontológico”; mientras que por otra parte Jürgen Habermas ha reconocido la importancia de los mismos exclusivamente en contextos dialógicos de proximidad con dicha verdad, lo que en cambio destaca la dimensión intersubjetiva de dichos sujetos, perspectiva consistente –también en mi opinión personal– con los denominados procesos de construcción de la verdad moral, en virtud de lo cual se le ha atribuido la corriente de pensamiento denominada “constructivismo epistémico”⁵.

Habiendo dicho aquello, en líneas generales el análisis del filósofo argentino sobre la connotación moral del procedimiento del debate democrático difiere del de los dos filósofos políticos en que combina una regla general habermasiana con una regla excepcional rawlsiana en el contexto de un modelo de democracia deliberativa garantizado por las autoridades democráticas y la autoridad constitucional en calidad de “autoridades epistémicas” con la finalidad de promover una suerte de “estatuto moral ideal” al que denominó “constitucionalismo ideal de derechos”, en virtud de lo cual se ha auto – atribuido y además se le ha atribuido la corriente de pensamiento denominada “constructivismo ético”, afirmando:

Se reconoce que esta forma de constructivismo metaético, que se basa en los presupuestos de la práctica del discurso moral y no en los resultados de cualquier manifestación de esa práctica, es en sí misma una forma de convencionalismo. Ello es verdad porque ésta toma como su “punto arquimediano” de la justificación moral los presupuestos de una práctica social. Pero en este punto cabe formular dos advertencias. Primero, que lo que le da validez a un juicio moral es su conformidad con los requerimientos subyacentes de la discusión moral, y no el hecho de que esos requerimientos sean convencionalmente aceptados. Segundo, las convenciones que constituyen la práctica de la discusión moral son muy amplias, más generales y más estables que los estándares morales sustantivos específicos, tales como la proscripción contra la tortura. Si bien es cierto que a lo largo de la historia y la geografía se producen algunos cambios radicales en los presupuestos de la discusión moral, ellos son extremadamente raros y excepcionales. El más llamativo lo constituye el rechazo de los criterios de validación basados en prescripciones de autoridades humanas, tradicionales o divinas. Estos criterios han sido reemplazados por otros profundamente inmersos en nuestra práctica presente del discurso moral y que recurren a la prescripción contrafáctica de quien quiera que asuma una posición de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes⁶.

⁵Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 154 – 60.

⁶Ver: Nino, *Democracia deliberativa*, 74 – 5.

En resumen, si comparara los análisis de J. Rawls, J. Habermas y C. Nino al respecto podría asegurar que los principios de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes constituyen principios rectores de la relación intersubjetiva de los sujetos deliberantes que procuran proximidades con las verdades morales fundamentales de la sociedad a la que pertenecen garantizando su reconocimiento general y/o universal.

Carlos Nino no ha definido los principios que nos ocupan, no obstante precisamente por ello en mi opinión personal considero que debemos procurar conceptos minimalistas de los mismos basados en los siguientes criterios: la necesidad de interpretar la vaguedad de dichos principios en el contexto general de la teoría del filósofo argentino, la necesidad de conceptualizar dichos principios basados en criterios interpretativos externos –de hecho esto es lo que hace Carlos Nino conforme veremos más adelante–; y, la doble orientación particularista y dinamista que reviste el razonamiento práctico justificativo o “método democrático” garantizando su permeabilidad a diferentes tipos de contextos con el fin de garantizar los derechos de todos los sujetos deliberantes que pese a sus eventuales roles siguen siendo iguales en derechos⁷.

En consonancia con lo expuesto he tomado y/o desarrollado los siguientes conceptos mínimos de dichos principios de forma consistente con el contexto general de la obra del filósofo argentino:

1.1.1. Imparcialidad Este principio consiste en la “*falta de designio anticipado o prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*”⁸.

1.1.2 Racionalidad Este principio consiste en la capacidad de desarrollo de la justificabilidad lógica – racional de los valores morales, prudenciales y/o ético – políticos, pero ante todo morales, relacionados con cualquier aplicación eventual de los contenidos del constitucionalismo complejo.

Además de lo expuesto, considero que existen tres tipos de contenidos que deberían ser tomados en cuenta en el evento de pretender desarrollar un concepto

⁷Cfr.: Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid, Editorial Trotta S. A., 2010), 61 – 2.

⁸ Ver: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=imparcialidad>, 13 de febrero del 2015, 15h 20).

maximalista del “principio de racionalidad” entendido como precondition de la aplicación del razonamiento práctico justificativo:

El concepto de “racionalidad monológica” debería incluir referencias a procedimientos de racionalización de la subjetividad de los propios sujetos deliberantes, expresables mediante silogismos u otros modelos de racionalización pertinentes, aunque los mismos no comprendan todas las razones, decisiones y formas de aplicar las mismas en los casos concretos; y asimismo debería incluir referencias a la condición social del sujeto deliberante, la cual determina coincidencias con el estatuto moral colectivo⁹.

El concepto de “racionalidad intersubjetiva” o “racionalidad dialógica” debería incluir referencias a la importancia del procedimiento y las reglas democráticas; referencias al alcance de los defectos personales en dicho procedimiento, defectos tales como: la mera expresión de deseos, intereses o hechos; la mera expresión de proposiciones o enunciados normativos; las inconsistencias pragmáticas obvias; y la expresión de proposiciones normativas que no toman en cuenta los intereses de todos los afectados¹⁰; y referencias a las coincidencias pragmáticas entre los silogismos entendidos como modelos de racionalización y los modelos de razonabilidad – especialmente la aplicación de esta última a las normas jurídicas derrotables—¹¹.

1.1.3. Conocimiento de los hechos relevantes Este principio consiste en la capacidad de los sujetos deliberantes de comprender realidades materiales y representaciones intersubjetivas de las mismas, por ejemplo, en el contexto del proceso constitucional correspondiente a la acción de protección N° 599 – 2012, propuesta por Jorge Espinoza en contra de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación y otros, tramitada en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha (muestra N° 1): el conocimiento del juez sobre la importancia de contar con la cédula de ciudadanía para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales así como sobre los problemas que ha tenido el accionante a consecuencia de no contar con este documento.

⁹ Cfr.: Álvarez, José, “Racional/Razonable”, en Luis Vega y Paula Olmos, *Compendio de Lógica, argumentación y retórica* (Madrid, Editorial Trotta S. A. 2011), 504.

¹⁰ Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 171 – 2.

¹¹ Cfr.: Pazos, María, “Normas jurídicas derrotables. Una propuesta de demarcación”, en Rodolfo Vázquez, *Normas, razones y derechos/Filosofía jurídica contemporánea en México* (Madrid, Editorial Trotta, 2003), 90 – 9.

La importancia de este principio consiste en que permite derivar razones auxiliares y hasta razones operativas generales, ambas necesarias para el desarrollo del razonamiento práctico justificativo¹², inclusive cuando las circunstancias adolecieren de oscuridad deberá derivarse el principio de incertidumbre con la finalidad de incorporar principios prudenciales en la primera premisa y además orientar el desarrollo de los contenidos de las premisas 3 y 5¹³.

Finalmente debo observar de forma anticipada que la aplicación del razonamiento práctico justificativo y en consecuencia del principio que nos ocupa comprende el conocimiento cabal de los textos constitucionales aclarando que éste sólo es uno de los muchos casos en que debe aplicarse dicho razonamiento¹⁴.

La estrategia teórica del filósofo argentino consistente en la delimitación periférica de las precondiciones de la aplicación del razonamiento práctico justificativo comprende los siguientes criterios interpretativos:

La necesidad de identificar impedimentos u obstáculos para la aplicación de tales principios [idoneidad o adversidad de marcos institucionales específicos; la idoneidad o adversidad de la interpretación constitucional o legal; la identificación de personas potencialmente afectadas por las decisiones judiciales que van a adoptarse; las prácticas clientelares del gobierno o de cuerpos políticos; la ideología política de comunidades o agregados sociales; los criterios funcionales de servidores públicos; etcétera]; la necesidad de desarrollar un margen de justificabilidad de las pretensiones de justicia [a su vez, mediante recursos tales como: la racionalización del procedimiento de argumentación jurídica; la justificación de iniciativas, argumentos y propuestas de los sujetos deliberantes; la tendencia a considerar a la deliberación democrática como el equivalente funcional de la deliberación moral; la tendencia a preferir las ideologías políticas que favorecen la relación entre la moral y la política; dentro de esta selección, la tendencia a excluir las ideologías basadas en el autointerés y el perfeccionismo; la presunción de imparcialidad mediante una “regla de mínimos”; etcétera]; la identificación de errores fácticos y lógicos en la deliberación democrática y/o judicial [mediante recursos tales como: la tendencia a favorecer la deliberación colectiva y la

¹²Cfr.: Olmos, Paula, “Contexto/Marco del discurso”, en Luis Vega Reñón y Paula Olmos Gómez, *Compendio de lógica*, 136.

¹³Cfr.: Cerdio, Jorge, “Evaluar mejores y peores sentencias: La métrica de los argumentos”, en Rodolfo Vázquez (editor), *Normas y razones*, 223.

¹⁴Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 32 – 42.

tendencia a favorecer la vigencia de valores democráticos]; la tendencia a minimizar la influencia de la psicología política; la tendencia a la racionalización de la negociación política; y, la tendencia a la imparcialidad colectiva [a su vez, mediante recursos tales como: la tendencia a la aplicación del “teorema de Condorcet”¹⁵; la tendencia a la agregación del principio liberal de autonomía personal; etcétera]¹⁶.

Además de los criterios interpretativos externalistas expuestos anteriormente, debo anotar que el filósofo argentino desarrolló los mismos, en su gran mayoría, para el contexto del procedimiento del debate democrático –aclarando también que desde su punto de vista el contexto del control judicial de constitucionalidad forma parte del primero–; sin embargo de lo cual, en mi opinión personal prácticamente todos pueden ser reformulados con la finalidad de ser aplicados en el contexto del control judicial de constitucionalidad, contexto que incluye el proceso de acción de protección de conformidad con los siguientes argumentos:

En primer lugar, Carlos Nino caracterizó las asambleas políticas y las cortes constitucionales como “autoridades epistémicas” subrayando con ello la importancia de las funciones de dichas instituciones en un contexto sistémico más amplio correspondiente al sistema institucional de la democracia deliberativa, el cual cumple la finalidad de garantizar que el conocimiento de la verdad moral, ya sea su búsqueda o su construcción, mantenga un “punto arquimediano”, sentido de equilibrio o perspectiva de proporcionalidad desde la cual los canales de deliberación por ejemplo sobre la progresividad de los derechos también revisten importancia, en este sentido expresiones como “*due process of law* [procedimiento jurídico regular]” y “debido proceso” pese a que son traducidas como sinónimos en realidad no lo son¹⁷. En resumen, ya que ambas instituciones cumplen la misma función, una de las consecuencias prudenciales verificables es que quienes ejercen las funciones pertinentes deben cumplir las precondiciones para la aplicación del razonamiento práctico justificativo previamente.

¹⁵ En síntesis: el “teorema de Condorcet” sostiene que a mayor número de sujetos deliberantes corresponde mayor número de posibilidades de acuerdo moral en las decisiones del grupo social: Cfr.: Bolaños, Bernardo, “Relaciones entre la ética normativa y la epistemología jurídica”, en Rodolfo Vásquez, *Normas y razones*, 207.

¹⁶ Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 166 – 80.

¹⁷ Sobre el alcance de ambos: Cfr.: Gozáni, Osvaldo, *El debido proceso*, en Derecho Procesal Constitucional (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004), 13 – 42. Gonzáles, Juan, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001), 13 – 31.

En segundo lugar, desde el punto de vista del “garantismo constitucional”, el cual posee expresiones positivas en varios textos constitucionales latinoamericanos incluyendo el nuestro¹⁸, las decisiones de los jueces constitucionales presuponen funciones políticas que tienen como finalidad la compensación de los desequilibrios de la democracia sustancial reflejada en la dimensión del “constitucionalismo complejo” denominado “constitucionalismo del poder”¹⁹.

Y, finalmente, el proceso de acción de protección se desarrolla a través de dinámicas deliberativas o dialógicas entre las partes procesales, incluyendo al propio juez ya que éste también es una de dichas partes (por ejemplo: las relaciones procesales suscitadas en prácticamente todas las diligencias aunque principalmente en las audiencias); y por otra parte, dinámicas aún más potenciadas cuando el órgano judicial posee una conformación pluripersonal como es el caso de las cortes provinciales de justicia y la propia corte constitucional – desde el punto de vista de la acción que nos ocupa –. En síntesis: los jueces deberían poseer y/o aplicar los principios en cuestión, debido a las dinámicas deliberativas desarrolladas debido a la condición compartida de partes procesales por los litigantes y los jueces y, eventualmente, la conformación pluripersonal de los órganos judiciales que también promueve dinámicas dialógicas del mismo tipo²⁰.

1.2. Casos en los que debe aplicarse el razonamiento práctico justificativo

Pese a la importancia que posee el conocimiento de las circunstancias específicas en que debe procurarse la aplicación del razonamiento práctico justificativo, el filósofo argentino no hizo referencias concretas al respecto, apenas si expuso algunas ideas relacionadas con el tema en diferentes obras, ideas que expondré y desarrollaré a continuación:

En primer lugar, en su obra “Introducción al análisis del derecho”, el filósofo argentino relacionó el razonamiento práctico justificativo o “razonamiento moral” –

¹⁸Cfr.: Nogueira, Humberto, *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010), 89 – 131 y 261 – 273. Storini, Claudia y Navas, Marco, *La acción de protección en Ecuador/Realidad jurídica y social, en Nuevo Derecho Ecuador, tomo 3* (Quito, Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional), 26 – 31, 38 – 44 y 153 – 68. Montaña, Juan y Pazmiño, Patricio, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en Jorge Benavides y Jhoel Escudero Soliz (coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, en Cuadernos de Trabajo (Quito, Centro de estudios y difusión de derecho constitucional, 2013), 33 – 38.

¹⁹Cfr.: Nino, *Democracia deliberativa*, 296 – 302.

²⁰Cfr.: Berumen, Arturo, “Derecho y razón comunicativa”, en Rodolfo Vásquez, *Normas y razones*, 167 – 9, 174 – 6.

como él lo denomina – con las dos principales actividades de la ciencia jurídica, mención que implica la contextualización del razonamiento como “método” en dos situaciones muy específicas: el conjunto de actividades de reconocimiento de las normas que deben integrar el sistema jurídico y el conjunto de actividades de desarrollo de las normas regulatorias de las relaciones internas del propio sistema jurídico²¹.

Ahora, por una parte, siguiendo la línea argumentativa del filósofo argentino, el primer contexto corresponde al órgano judicial que desempeña funciones de control de legalidad o casación – en nuestro caso éste sería la Corte Nacional de Justicia –, bajo el entendido de que la jurisprudencia constituye la base de la “dogmática jurídica” que, a su vez ha sido concebida como uno de los “modelos metodológicos de la ciencia jurídica”. Y, por otra parte, el segundo contexto corresponde a los doctrinantes o filósofos jurídicos que desarrollan ideas correspondientes a la meta – ética, la ética normativa y la filosofía analítica, bajo el entendido de que la “doctrina jurídica” constituye otro de dichos modelos metodológicos²².

En segundo lugar, en la misma obra el filósofo argentino desarrolló la naturaleza de los sistemas normativos morales y las circunstancias en que deben aplicarse de modo que, en mi opinión personal, desarrolló otro caso más de aplicación del razonamiento práctico justificativo bajo el entendido de que sus premisas relativas a los fundamentos, a las obligaciones y a las conclusiones esencialmente son normas morales²³.

En tal sentido, en cuanto se refiere a la naturaleza de los sistemas normativos morales, el criterio expuesto exige un concepto mínimo de “normas morales” que en mi opinión personal debería incluir referencias a los siguientes aspectos: su pertenencia a la praxis social, su provecho personal y social y su contenido ideal – en palabras del propio Carlos Nino, como parte de un “sistema moral crítico” o “ideal” –, “ideal” en el sentido que comprende las mejores expectativas posibles²⁴.

Y, en cuanto se refiere a las circunstancias de su aplicación, también en mi opinión personal considero que debemos designar las normas morales que integran el razonamiento práctico justificativo con el carácter de contingencia que el filósofo

²¹Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987), 317.

²²Cfr.: Nino, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica* (México D. F., Fontamara, 1999).

²³Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 70 y 77.

²⁴Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 69.

argentino atribuyó a las “normas disyuntivamente generales”²⁵, carácter según el cual los propios sujetos deliberantes identifican los contextos adecuados para su aplicación, que podríamos denominar con la expresión “circunstancias moralmente relevantes”²⁶.

En tercer lugar, también en la misma obra el filósofo argentino hizo referencia a la aplicación del razonamiento práctico justificativo en dos niveles del sistema jurídico, de los cuales me ocuparé por separado en éste párrafo y en el siguiente: El primero de tales casos corresponde al cometido de determinar la “justificabilidad de las normas” e instituciones jurídicas que conforman el sistema democrático y el propio sistema jurídico, en virtud de lo cual podríamos definir al razonamiento práctico justificativo como un recurso idóneo para la determinación de la validez moral y política de dichas normas²⁷; a lo que debo agregar que dicho objetivo se identifica –al menos– con el del control abstracto de constitucionalidad desarrollado en nuestra Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁸.

En cuarto lugar, concluyendo con la referencia del párrafo anterior, el segundo de tales casos corresponde al cometido de determinar las “soluciones axiológicamente más satisfactorias”, en virtud de lo cual podríamos designar al razonamiento práctico justificativo como un método de determinación de niveles óptimos de corrección moral sustancial de las decisiones adoptadas en el contexto del control judicial de constitucionalidad²⁹; a lo que debo agregar que dicho objetivo se identifica con el de la acción de protección, el resto de garantías jurisdiccionales de derechos y eventualmente con todos los procesos jurisdiccionales ordinarios y procedimientos administrativos en que las partes deban aplicar los principios institucionales de la justicia ordinaria, los principios para el ejercicio de los derechos y otras garantías normativas de la supremacía constitucional, como las normas contempladas en los artículos 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 426 de la Constitución³⁰.

²⁵Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 77.

²⁶Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 344.

²⁷Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 345.

²⁸Cfr.: Agraz, César, *Hacia una nueva legitimación de la acción de inconstitucionalidad* (México, Editorial Porrúa, 2005), 21 – 3 y 65.

²⁹Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción al derecho*, 345 – 6.

³⁰Cfr.: Principios para el ejercicio de los derechos: Cfr.: artículo 11 de la Constitución. Principios rectores de la función judicial: Cfr.: supremacía constitucional; aplicabilidad directa e inmediata de la Constitución; legalidad, jurisdicción y competencia; independencia; imparcialidad; unidad jurisdiccional; gradualidad; especialización; publicidad; autonomía; responsabilidad; servicio a la comunidad; sistema – medio de administración de justicia; dispositivo, intermediación y concentración; celeridad; probidad; acceso a la justicia; tutela judicial efectiva de los derechos; interculturalidad; seguridad jurídica; buena fé

En quinto lugar, en su obra “La validez del derecho”, el filósofo argentino desarrolló dos ejemplos de razonamientos prácticos justificativos con las finalidades de determinar la validez original –o “validez última” que en el caso significan los mismo– de las normas e instituciones del sistema jurídico y de los principios de autoridad y de competencia, aunque en mi opinión personal tales ejemplos explican además el propio principio kelseniano de pertenencia de las normas al sistema jurídico, argumento descalificado por el propio Carlos Nino; tales son los casos de los razonamientos prácticos justificativos cortos de aquéllos que se encuentran respaldados por la fuerza y aquéllos respaldados por alguna norma jurídica³¹.

El análisis comparativo de estos ejemplos revela los siguientes elementos de análisis:

La “justificabilidad” de los sujetos deliberantes originarios –los cuales representan a todo órgano que potencialmente pueda desempeñar funciones de generación primaria de un sistema normativo– según Carlos Nino posee una “naturaleza mixta”, es decir una naturaleza moral, política y jurídica, pese a lo cual, en mi opinión personal, posee una naturaleza exclusivamente “moral” pero con efectos políticos y jurídicos bajo el entendido de que toda praxis social posee un referente moral ideal que promueve su revisión, reconstrucción y/o evolución más allá de “enfoques utilitaristas” o de “enfoques perfeccionistas” aún cuando no existan idearios políticos o jurídicos preexistentes.

La “justificabilidad moral” descrita en el párrafo anterior debería asegurar la fundamentación de “deberes jurídicos” aún en el evento hipotético –improbable– de que sea imposible identificar los vínculos constitucionales de normas infra constitucionales en situaciones concretas o situaciones prácticas de extrema injusticia o arbitrariedad no reguladas por el derecho.

Asimismo la “justificabilidad moral” como fundamento de conceptos jurídico – políticos como “autoridad”, “competencia” e “institucionalidad” reside básicamente en las segundas premisas de los ejemplos expuestos, por consiguiente estas son las premisas equivalentes funcionales de los denominados “juicios de adhesión normativa”

y lealtad procesal; verdad procesal; obligatoriedad de administrar justicia; interpretación de normas procesales; colaboración con la función judicial; impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos, entre otros: Cfr.: artículos 4 – 31 del Código Orgánico de la Función Judicial.

³¹Cfr.: Nino, Carlos, *La validez del derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo y Ricardo Depalma, 2003), 41 – 68 y 137 – 43.

presentes en los ejemplos de razonamientos prácticos justificativos más próximos a la acción de protección que desarrollaré en el ítem relativo a la “estructura” del razonamiento del género.

Y finalmente las “premisas no prescriptivas” o meramente “fácticas” comportan una relación entre dos tipos de intereses: un “interés común”, “interés general” o “interés social”, no mayoritario sino total de la comunidad entera; y un interés funcional preexistente pero en función específica de ese interés que incluye a la mayoría y a la minoría –por ejemplo “políticas” si quisiéramos expresarnos en esos términos–, lo cual es muy importante si tomamos en cuenta que el análisis de Carlos Nino sobre el poder constituyente en éstos términos [mayoría política + minoría política = interés general] sería consistente con el ideal del constitucionalismo democrático contemporáneo en el asunto de la protección del tribunal constitucional a las “minorías” no exclusivamente políticas.

Gráfico N° 1: Ejemplo de *razonamiento práctico corto supuestamente empleado por quienes ejercen el poder constituyente originario* y los principios de *autoridad, competencia e institucionalidad respaldados por la fuerza*³²:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujetos deliberantes anarquistas
Contexto material de la interpretación	Situación de revolución o procedimientos de desinstitucionalización completa y/o violenta del Estado
Premisa 1	En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces
Premisa 2	Estos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad C, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales
Premisa 3	Los grupos de hombres protagonistas de tales actos no necesariamente tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etcétera) para llevarlos a cabo

³²Ver: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 48.

Gráfico N° 2: Ejemplo de *razonamiento práctico corto supuestamente empleado por quienes ejercen el poder constituyente originario y los principios de autoridad, competencia e institucionalidad respaldados por alguna norma jurídica*³³:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujetos deliberantes anarquistas
Contexto material de la interpretación	Situación de revolución o procedimientos de desinstitucionalización completa y/o violenta del Estado
Premisa 1	En la comunidad C se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces
Premisa 2	Estos actos estaban autorizados por la norma jurídica X que fue reconocida en la comunidad C como parte de su derecho vigente
Premisa 3	Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etcétera) para llevarlos a cabo

En sexto lugar, en la misma obra, el filósofo argentino desarrolló un ejemplo de razonamiento práctico justificativo que debe ser empleado por los hipotéticos legisladores democráticos en los procedimientos del debate democrático en el contexto más amplio de la concepción deliberativa de la democracia³⁴, supuesto que en mi opinión personal posee las siguientes particularidades: presupone una clasificación previa de las “teorías de la democracia” en aquéllas que ven a la política y la moral como dos sistemas normativos independientes o como sistemas normativos interrelacionados, en el primer supuesto: el utilitarismo, el elitismo, el pluralismo y el consensualismo, mientras que en el segundo supuesto: la de la soberanía popular, las perfeccionistas, las de los enfoques dialógicos y las concepciones mixtas, dentro de las cuales podríamos encasillar a su citada teoría denominada “democracia deliberativa”³⁵; además promueve la cohesión más amplia de conceptos morales, políticos y jurídicos³⁶; y finalmente permite articular intereses heterogéneos en diferentes grados tales como las necesidades generales y particulares de la población, los intereses de las corporaciones

³³ Ver: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 48.

³⁴ Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 142 – 3.

³⁵ Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 104 – 48.

³⁶ Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 21 – 4.

democráticas o partidos políticos, el ejercicio del gobierno, las políticas públicas y el activismo de la sociedad civil³⁷.

En séptimo lugar, en su obra titulada “La constitución de la democracia deliberativa”, el filósofo argentino relacionó expresamente el razonamiento práctico justificativo con la necesidad específica de tomar “decisiones constitucionales”, entendidas éstas como potenciales actos de aplicación de los contenidos del constitucionalismo complejo, en estos términos:

Para determinar la base de cada una de las tres dimensiones del constitucionalismo – democracia, derechos y constitución histórica– y la relación existente entre ellos, tomaré especialmente en cuenta el papel que cada una desempeña en el razonamiento práctico que conduce a la justificación de acciones y decisiones. El marco analítico del razonamiento práctico es particularmente útil debido a que éste muestra la importancia de cada dimensión del constitucionalismo en el nivel más básico de la experiencia social: la formación de las decisiones. Además, la referencia al razonamiento práctico nos mantiene conectados con una noción de constitucionalismo que tiene relevancia práctica, y no meramente significativa para los emprendimientos especulativo del historiador o el antropólogo. La constitución compleja que quiero analizar ubicando el lugar que la democracia tiene dentro de ella es la que se emplea en el discurso justificatorio de abogados y jueces, cuya estructura debería ser tenida en cuenta en explicaciones externas, tales como aquéllas que realizan historiadores y antropólogos. Por lo tanto, trataré de explicar cómo el proceso democrático, en combinación con el respeto por la constitución histórica y el reconocimiento de los derechos afecta las premisas del razonamiento práctico a través del cual un juez, un funcionario de gobierno, o incluso un ciudadano común intenta justificar una decisión constitucional³⁸.

El concepto de “decisiones constitucionales” en el contexto del denominado “constitucionalismo complejo” amerita las siguientes consideraciones:

Para Carlos Santiago Nino, las acciones individuales de los sujetos deliberantes –las cuales implican los casos en que el razonamiento del género es aplicado con la finalidad de determinar las soluciones axiológicamente más correctas en los casos particulares– son parte de acciones colectivas o, como él mismo las denomina, de “experiencias sociales”, de lo cual se infiere que debemos entender al derecho como una praxis social, al igual que la praxis política y moral. El ejemplo más claro que propone el filósofo argentino al respecto es el siguiente:

³⁷Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 180 – 7 y 190 – 5.

³⁸Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 27 – 8.

Debido a que sólo podemos hacer una contribución al trabajo colectivo sobre cuyo producto final no tenemos control, la elección racional puede no ser la que opte por la alternativa más deseada. En lugar de ello, la elección racional puede elegir por otra con menos méritos. Dada una catedral con cimientos románicos, podría ser técnica y estéticamente preferible continuarla con el mismo estilo o un estilo intermedio, en lugar del estilo gótico que sería elegido si la construcción total de la catedral estuviera bajo nuestro control. Este tipo de racionalidad limitada por elecciones hechas por otros en un trabajo colectivo, puede ser llamada “segundo mejor”, porque ella acarrea a menudo un abandono progresivo del modelo ideal con el deseo de mejorar la acción colectiva o el trabajo como un todo.

Los constituyentes, legisladores, jueces y administradores deben ser vistos como participantes de un trabajo colectivo, la construcción del derecho que es en sí mismo un fenómeno más amplio y complejo compuesto de prácticas, instituciones, hábitos y actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad. Sólo hombres y mujeres excepcionales, como Napoleón o Lenin, pueden tener casi completo control sobre la construcción de un orden jurídico entero y su red de prácticas, hábitos, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, incluso grandes hombres y mujeres sólo pueden aspirar a hacer una contribución importante al trabajo colectivo de construir el derecho que es el producto intencional o no de las acciones de millones de personas en un largo período de tiempo. Cada una de esas contribuciones está condicionada por la evolución del derecho y otras prácticas sociales del presente y del futuro³⁹.

Asimismo el concepto de “constitucionalismo complejo” o “constitución compleja” es un concepto exclusivo del filósofo argentino que en líneas generales comprende los constitucionalismos, constituciones o dimensiones: histórica, democrática, del poder o de gobierno y la ideal de derechos.

La “constitución histórica”, “constitucionalismo histórico” o “dimensión histórica” del constitucionalismo complejo comprende los siguientes elementos: hechos históricos de gran trascendencia, el texto constitucional; sus enunciados de derechos fundamentales; sus propios derechos fundamentales; las convenciones socio – lingüísticas sobre el texto constitucional y sus contenidos mencionados; otras convenciones constitucionales; el sistema jurídico; y las prácticas sociales actuales y futuras de reconocimiento de la validez de las normas que lo integran⁴⁰.

Por su parte, la “constitución ideal de derechos”, “constitucionalismo ideal” o “dimensión ideal” del constitucionalismo complejo comprende los siguientes

³⁹Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 54.

⁴⁰Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 24, 26, 30, 34, 42, 45 y 55.

elementos: los principios morales que establecen derechos; los derechos morales; sus propias convenciones morales intersubjetivas de legitimación de acciones o decisiones; y una o más concepciones filosóficas morales y políticas que agrupen a los contenidos mencionados anteriormente⁴¹.

A lo que debo agregar dos observaciones: los “principios morales que establecen derechos” son aquéllos que poseen las características de autonomía, finalidad, supervivencia, publicidad, universalidad y generalidad y que además aprovechan el concepto esencial de la moral crítica y el esquema de derechos consistente con los mismos comprende tanto los derechos constitucionales y fundamentales cuanto los derechos legales dentro de los cuales figuran a su vez los derechos-libertades, derechos-autorizaciones, derechos – privilegios, derechos – acciones, derechos – competencias y derechos – inmunidades⁴², aunque en mi opinión personal este esquema también debería incluir los principios generales del derecho y principios jurídicos que más optimicen las concepciones filosóficas mencionadas anteriormente.

Y, la “constitución del poder”, “constitucionalismo democrático” o “dimensión democrática” del constitucionalismo complejo comprende los siguientes elementos: el sistema democrático; los procesos democráticos; la política democrática; las autoridades, funcionarios y delegatarios de la función pública; el sistema de gobierno; el régimen institucional; entre otros⁴³.

En resumen, en el presente caso el razonamiento práctico justificativo es concebido como método democrático porque garantiza el carácter democrático de las acciones jurídicas de los sujetos deliberantes en dos escenarios potenciales: el de la conservación de algunos contenidos de la constitución histórica con el fin de que los mismos pasen a formar parte de la constitución ideal y el de la modificación de los mismos contenidos con el mismo propósito⁴⁴.

Y, finalmente, el último caso de aplicación potencial del razonamiento práctico justificativo corresponde a los “contextos justificativos”, aclarando que aunque el filósofo argentino no desarrolló este supuesto en modo alguno, es obvio que la

⁴¹Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 70 – 3, 75 – 82 y 296 – 302.

⁴²Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 71 – 2.

⁴³Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 89, 94 – 7 y 101.

⁴⁴Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 58 – 61.

designación del razonamiento del género con el predicado “justificativo” expresa el sentido propuesto.

En esencia, el predicado “justificativo” designa la aptitud del razonamiento práctico para ser utilizado en “contextos justificativos”, los cuales pueden ser definidos al menos de conformidad con los siguientes criterios:

Según el profesor Jorge Cerdio Herrán los “contextos justificativos” son “contextos argumentativos” y estos son tales en virtud de la concurrencia de dos condiciones previas: el principio de incertidumbre y una disputa entre las partes. A su vez, el “principio de incertidumbre” comprende uno o más de los siguientes aspectos: la incertidumbre de una o ambas partes sobre los datos relevantes que deben conformar las premisas del razonamiento jurídico, sobre el número de premisas del mismo o sobre el contenido de la conclusión del mismo. Y, por otra parte, la existencia de una “disputa entre las partes” comprende uno o más de los siguientes aspectos: desacuerdos; confrontaciones o discusiones; y, en mi opinión personal inclusive la existencia de un eventual conflicto de intereses⁴⁵. Además, es claro que el diseño procesal de la acción de protección reúne ambas condiciones, configurando de esta forma un contexto justificativo desde este punto de vista.

Según el profesor Valeriano Iranza la corriente denominada “fiabilismo epistemológico” se basa en la necesidad de racionalizar de forma óptima los procesos psicológicos – cognitivos y los procesos de conformación proposicional de razonamientos necesarios con el propósito de justificar las creencias personales, dentro de las cuales en mi opinión personal podemos ubicar las creencias morales, prudenciales y políticas que caracterizan al razonamiento práctico justificativo desarrollado por Carlos Santiago Nino. La denominación “fiabilismo epistémico” obedece a la confianza que brinda la intención de los sujetos deliberantes por objetivizar sus propias creencias⁴⁶. En fin, desde el punto de vista del fiabilismo epistémico, en mi opinión personal, el razonamiento práctico justificativo sería un recurso de fiabilidad u objetividad sobre la creencias personales sobre el alcance de los principios morales que generan derechos, cuya importancia se potenciaría más aún en contextos institucionales de ejercicio del control judicial de constitucionalidad como el de la acción de protección.

⁴⁵Cfr.: Cerdio, Jorge, “Evaluación de sentencias”, 222 – 3.

⁴⁶Cfr.: Iranza, Valeriano, “Justificación”, en Luis Vega y Paula Olmos, *Compendio de lógica*, 242 – 3.

Según el profesor Arturo Berumen los contextos de los procesos contencioso – judiciales son propicios para la justificación de las intenciones de los participantes o sujetos deliberantes, bajo el entendido de que tanto el “lenguaje jurídico” cuanto el “derecho” poseen una “estructura dialógica”, la cual comprende un verdadero sistema de actos del lenguaje, los cuales comprenden a su vez dos tipos de elementos: proposicionales, textuales o racionales; e, ilocucionarios, intencionales o subjetivos, elementos cuyo alcance sólo puede ser comprendido en la praxis jurídica según explica el propio autor:

Es el juez dialógico el que lleva a cabo el principio de adecuación. El juez dialógico es aquél que asume, idealmente, los roles de las partes. Es decir, aquél que asume, hipotéticamente, el punto de vista de cada una de las partes, con el objetivo de argumentar, imparcialmente, que es la virtud suprema de los jueces. Los actos de habla del juez dialógico pueden asumirse de una manera hipotética de una manera asertórica...

Las ventajas que se obtienen al asumir, oportunamente, las actitudes hipotéticas, en cambio, son muy grandes. En primer lugar, nos permite asumir, en el diálogo, el rol de la tercera persona (él o ella) que tiene una actitud objetivamente, y no una actitud participante, como cuando asumimos los roles de primera (yo), y segunda (tú) persona. En segundo lugar, nos permite argumentar de una manera más eficaz, pues la verdadera refutación es la que se hace desde el punto de vista del interlocutor, lo cual también nos expone a ser refutados desde nuestro punto de vista. En tercer lugar, posibilita el desarrollo de los actos del habla a que nos referimos antes, ya que nos ayuda a neutralizar los prejuicios del mundo de la vida del que provenimos, los cuales constituyen las preinterpretaciones que van a condicionar nuestra interpretación del mundo objetivo, social y subjetivo...

En el caso del juez dialógico, al redactar su sentencia, asumirá una doble actitud hipotética. Primero, supondrá, en sus actos de habla argumentativos, que es el actor quien tiene la razón, y bajo ese punto de vista analizará las pruebas y los argumentos de las partes. Segundo, supondrá, en sus actos de habla argumentativos, que es el demandado quien tiene la razón y también desde su punto de vista, volverá a analizar las mismas pruebas y los mismos argumentos. Tercero, ponderará, en sus actos de habla argumentativos, cuál de las dos interpretaciones es la más plausible. Y, por último, pasará a la actitud asertórica, en sus actos de habla resolutivos. De esta manera puede facilitarse el control comunicativo de la imparcialidad de los jueces, por parte de la comunidad jurídica y, en general, de los miembros de la sociedad civil⁴⁷.

⁴⁷Ver: Berumen, Arturo, “Derecho y razón comunicativa”, 174 – 5.

En base a lo expuesto: Por una parte, la naturaleza dialógica del derecho propugnada por el enfoque habermasiano es compatible con el uso del razonamiento práctico justificativo ya que éste puede ser concebido como un medio de justificación de las intenciones de los sujetos participantes o deliberantes, recordemos al respecto la expresión nineana “normas como razones para la acción”⁴⁸; y por otra parte, su combinación me parece posible ya que por ejemplo el mencionado “principio de adecuación” del enfoque habermasiano puede ser calificado como un “principio prudencial” del enfoque nineano y por tanto puede conformar la primera premisa del razonamiento que nos ocupa⁴⁹.

1.3. Estructura del razonamiento práctico justificativo

Carlos Santiago Nino desarrolló explícitamente su teoría sobre el “razonamiento jurídico justificatorio” o “razonamiento práctico justificativo”⁵⁰ en los numerales 3.4 y 7.3 de su obra denominada “La validez del derecho”; bajo el entendido de que constituye una herramienta metodológica para la búsqueda de una justificabilidad más sólida, más estable y más consistente del sistema jurídico y la construcción de una normatividad jurídico – práctica más óptima en casos particulares de la administración de justicia⁵¹.

Al desarrollar dicha teoría no hizo ninguna referencia a algún modelo estándar de estructura del razonamiento práctico justificativo, al contrario desarrolló varios ejemplos de los mismos en *contextos diferentes* [lo que sugiere que tomemos en cuenta la importancia de estos últimos], de los cuales he tomado los [cuatro] más importantes para el análisis de su estructura, no sin antes incorporar en tales ejemplos dos elementos dispersos en su análisis que deben ser tomados en cuenta aunque él no lo haya sostenido

⁴⁸Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 116 – 21. Roca, Victoria, *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), 363 – 82.

⁴⁹Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 52 – 62 y 137 – 43; y, *Fundamentos*, 36 – 44, 85 – 9.

⁵⁰Originalmente la denominación empleada por el filósofo argentino en su obra titulada “la validez del derecho” fue “razonamiento **jurídico justificatorio**” y posteriormente en su obra “la constitución de la democracia deliberativa” la expresión empleada fue “razonamiento **práctico justificatorio**”; sin embargo no existe evidencia de que empleara la denominación “**justificativo**” por lo que considero que debemos su uso exclusivamente a la crítica del autor, aclaración necesaria pese a la aparente insignificancia del particular por hechos tales como: que el razonamiento práctico justificativo es un razonamiento normativo; que el razonamiento práctico justificativo es un tipo específico de razonamiento normativo práctico desarrollado exclusivamente por el autor en cuestión; y, que la peculiaridad del razonamiento práctico desarrollado por dicho autor consiste en que presupone un contexto justificativo y, lo que es aún más importante, relaciones de carácter dialógico como necesidades sociales específicas de sujetos que desempeñan acciones importantes para él mismo y para sus semejantes.

⁵¹Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 52 – 62 y 137 – 43.

categoricamente como son: el *rol* que desempeñan los sujetos deliberantes y la identificación de los *contextos* específicos de tales sujetos. Estos ejemplos corresponden a los silogismos prácticos ordinarios afectados por amenazas coercitivas; aquéllos que carecen de dichas amenazas; los silogismos prácticos justificativos empleados por legisladores y aquéllos empleados por jueces.

El análisis comparativo de los ejemplos anteriormente expuestos revela la existencia de los siguientes elementos de análisis lógico:

En primer lugar, la existencia de un primer conjunto de premisas que considero “indispensables” para la conformación y desarrollo del razonamiento práctico justificativo, como son: la premisa que contiene una razón práctica general denominada por Carlos Nino “razón operativa general” debido a que establece un margen de acción para el sujeto deliberante; la premisa que contiene una norma jurídica – moral denominada por él mismo “juicio de adhesión normativa” o “norma jurídico – moral” basado en que dicha premisa establece o promueve obligaciones o deberes y en que el sujeto deliberante atribuye significados morales a las normas jurídicas, lo que a su vez implica su adhesión consciente y voluntaria a la conclusión del razonamiento; y la premisa que contiene una razón práctica particular denominada por él mismo “razón operativa particular” debido a que establece el ámbito específico de acción del sujeto deliberante; premisas que, a su vez, requieren las siguientes observaciones:

Las razones operativas morales generales siempre consistirán en normas morales. Carlos Nino no mencionó los tipos específicos de normas morales que deben conformar la primera premisa, por lo que siguiendo a Immanuel Kant y concordantemente con la idea del filósofo argentino de “razón operativa moral general” supongo la preferencia por las normas morales más generales reglas y leyes prácticas. Immanuel Kant reconoció un total de tres tipos de normas morales básicas: principios, reglas y leyes prácticas⁵². Excepcionalmente, las razones operativas morales generales pueden consistir en razones prudenciales y/o ético – políticas pero siempre que existan normas morales en primer lugar⁵³. Aparte de esto, el filósofo argentino no explicó el sustento o finalidad de este tipo de conformación, no obstante, en mi opinión la

⁵²Ver: Kant, Immanuel, *Crítica a la razón práctica* (Madrid, Editorial Alianza, 2002), 77 – 97.

⁵³La idea principal de Carlos Nino sobre el contenido de los principios que conforman la primera premisa del razonamiento práctico justificativo es que para que sean admisibles principios prudenciales y políticos, deben existir en primer lugar principios morales. Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 63 – 5.

respuesta a esta cuestión se encuentra en su análisis sobre el poder constituyente originario, el cual se basó a su vez en el análisis de otro filósofo analítico jurídico argentino Genaro Carrió, según el cual todo fundamento original de “gobierno”, “autoridad” y “derecho” pertenece a un sistema normativo moral preexistente⁵⁴. Tampoco mencionó cómo elegir tales normas morales del contexto del sujeto deliberante por lo que considero que debemos leer su teoría sobre la validez del derecho paralelamente con otros textos sobre la misma cuestión en la línea argumentativa de las teorías del derecho afines a la razón práctica como por ejemplo el contextualismo desarrollado por María Inés Pazos, quien a su vez desarrolló las ideas de “filósofos del lenguaje ordinario” tales como Austin, Strawson, Grice y Wittgenstein⁵⁵, el cual promueve criterios de razonabilidad inferencial consistentes con la línea propuesta. Tampoco mencionó si debemos desarrollar conceptos minimalistas o maximalistas de dichas normas morales, sin embargo en mi opinión personal deben preferirse los primeros de conformidad con un criterio de prudencial. Y finalmente tampoco mencionó criterios interpretativos o principios de interpretación constitucional que determinen cómo deben desarrollarse las relaciones conceptuales entre las normas que conforman la primera premisa y los contenidos del resto de premisas; sin embargo en mi opinión personal considero que varios principios y criterios de interpretación constitucional contemplados en nuestra Constitución y nuestra Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional pueden cumplir con esta finalidad, tal es el caso de: la irreductibilidad, horizontalidad y progresividad de los derechos; la interpretación evolutiva o dinámica, la concordancia práctica, la unidad y la eficacia integradora de las normas; e inclusive la ponderación.

Por su parte los juicios de adhesión normativa son esencialmente interpretaciones morales de normas jurídicas que tienen la finalidad de articular deberes u obligaciones en torno a los principios morales que establecen derechos, razón por la cual expresan un nivel superior de obligatoriedad para los propios sujetos

⁵⁴Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 42 – 52.

⁵⁵En realidad el “procedimiento contextual” desarrollado por María Inés Pazos es un procedimiento hermenéutico que tiene como finalidad desarrollar criterios de “razonabilidad” entendida como “objetividad” sobre la asignación de significados a las normas derrotables, especialmente principios constitucionales con fundamento en la comprensión del “contexto de aplicación de las normas”. Cfr.: Pazos, María, “Derrotabilidad, contextualismo y razonabilidad”, 86.

deliberantes⁵⁶. Las “normas jurídico morales” –como también se les ha denominado– aprovechan se fundamentan en las teorías semánticas de estudio del lenguaje jurídico, lo cual reduce ostensiblemente el grupo de potenciales sujetos deliberantes que podrían desarrollarlos ya que en mi opinión personal corresponden más a las actividades de la teoría jurídica que a la práctica forense y, en consecuencia, más a los órganos judiciales encargados exclusivamente de la deliberación que a los órganos encargados de la sustanciación y conocimiento de las causas⁵⁷. El filósofo argentino no desarrolló un estudio sobre la naturaleza del contenido de estas normas; sobre su especie; sobre el número de normas morales y el número de obligaciones o deberes que deben integrarlas –ni sobre su intensidad–; tampoco determinó si las cargas impuestas por tales obligaciones o deberes deben ser individuales o compartidas. En mi opinión personal tanto el número de obligaciones cuanto el margen personal de responsabilidad sobre las obligaciones o deberes deberían guardar alguna relación con los fundamentos de la primera premisa del razonamiento, un criterio de relación podría ser la “proporcionalidad”⁵⁸, al respecto desde mi punto de vista me permito proponer los siguientes ejemplos: si las premisas relativas a los fundamentos y a los juicios de adhesión normativa comprenden sólo principios morales la obligatoriedad moral del

⁵⁶Capella, Juan–Ramón, “Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis”, en José Estévez (editor), *El libro de los deberes/Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos* (Madrid, Editorial Trotta S. A., 2013), 56 – 63.

⁵⁷En mi opinión personal, la observación que incluí sobre los titulares del lenguaje jurídico y el lenguaje empleado en los actos procesales de un hipotético proceso jurisdiccional es que existen dos tipos de actividades de las judicaturas en el conocimiento de las causas: las actividades de tramitación y/o sustanciación y las actividades de decisión y/o deliberación; en consecuencia el tipo de asunto decidido, las referencias empleadas en la motivación judicial, su nivel de complejidad y también la jerarquía del órgano judicial (de menos a más) son indicadores de un reforzamiento de los “deberes” vinculados a los “principios morales que generan derechos constitucionales”, de modo que a mayor deliberación, mayor reforzamiento de los mecanismos de protección de los derechos. Sobre la sentencia constitucional, el procedimiento de ejecución (incluyendo los actos procesales ejecutivos) y los recursos en el juicio de amparo: Cfr.: Arellano, Carlos, *El juicio de amparo* (México, Editorial Porrúa, 2005), 798 – 889. Góngora, Genaro, *Introducción al estudio del juicio del amparo* (México, Editorial Porrúa, 2003), 517 – 53. Sobre la complejidad de la motivación judicial según el nivel de jerarquía del órgano judicial (incluyendo los autos de admisión de los órganos de control concentrado de constitucionalidad): Cfr.: Aliste, Tomás–Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales* (Madrid, Marcial Pons, 2011), 182 – 229.

⁵⁸Sobre la función del principio de proporcionalidad y otros métodos de interpretación constitucional para delimitar el alcance de principios morales, prudenciales y políticos o ético – políticos: Cfr.: Huerta, Carla, “Solución a los conflictos entre principios”, en Rodolfo Vásquez, *Normas y razones*, 191 – 5. Sobre la función del principio de proporcionalidad empleado para delimitar reglas jurídicas y principios constitucionales: Cfr.: Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 133 – 62. Sobre la estructura y procedimiento de aplicación del principio de proporcionalidad; y la “aplicación diferenciada del principio de proporcionalidad” (“razonabilidad”): Cfr.: Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009), 63 – 125 y 127 – 160, respectivamente.

sujeto deliberante debería ser mayor; si las mismas premisas comprenden también principios prudenciales el margen de acción de todos los sujetos deliberantes involucrados en la potencial decisión debería ser menor; y si las mismas premisas comprenden también principios políticos o principio ético – políticos las cargas derivadas de los deberes u obligaciones deberían ser compartidas entre todos los sujetos deliberantes involucrados en la potencial decisión –inclusive el principio procesal constitucional de “modulación” favorecería la aplicación de esta última propuesta⁵⁹.

En los ejemplos de silogismos prácticos justificativos expuestos las premisas que expresan las normas jurídico – morales o juicios de adhesión normativa son las números 3, 4, 3 y 3, respectivamente, en consecuencia: En la premisa 3 del ejemplo 1 definitivamente la obligación generada no posee fundamentos jurídicos, en el mejor de los casos si pretendiéramos una relación dotada de este carácter apenas podríamos identificar una relación indirecta, parcial y eventualmente descontextualizada. En su lugar, los fundamentos de dicha obligación corresponden a una forma de “moral utilitarista”, no una “moral crítica”, por ende deberíamos sospechar que tenemos en frente un razonamiento práctico puramente “utilitarista”, es decir un “razonamiento práctico ordinario” y no un “razonamiento práctico justificativo” como el que pretendemos. El “utilitarismo” como concepción democrática consiste en la suposición estratégica eventualmente de todos los valores morales a costa del beneficio político de los sujetos deliberantes, corporaciones democráticas o inclusive Estados, de hecho inclusive la interposición de una hipotética acción de protección y el propio proceso constitucional pueden poseer una connotación utilitarista, con efectos negativos que

⁵⁹Sobre las partes en el juicio de amparo constitucional, equivalente –en lo pertinente– al de acción de protección en Ecuador, además de los artículos 10, 13 y 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre otros supletorios y contingentes de la legislación ecuatoriana: Cfr.: Castro, Juan de Dios, *Las partes en el juicio de amparo* (México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005), 20 – 3. Quinche, Manuel, *La acción de tutela/El amparo en Colombia* (Bogotá, Editorial Temis S. A., 2011), 87 – 94. Correa, Néstor, *Derecho procesal de la acción de tutela/Tomo 30*, en Colección Profesores (Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 121 – 50. Gozáni, Osvaldo, *Tratado de derecho procesal constitucional/Tomo 1* (México, Editorial Porrúa, 2011), 859 – 862. Storini, Claudia y Navas, Marco, *Acción de protección*, 119 – 26. Sobre el “principio de modulación” de las decisiones constitucionales además del artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y otros principios y reglas de supletorios y contingentes de legislación ecuatoriana: Cfr.: Quinche, Manuel, *La acción de tutela*, 127 – 32. Correa, Néstor, *Derecho procesal de la tutela*, 206 – 14. Storini, Claudia y Navas, Marco, *Acción de protección*, 44 – 55 y 178 – 83. Sobre los “razonamientos judiciales no ordinarios” (deónticos y mixtos) que concluyen en “prescripciones” y eventualmente en “juicios de valor”, compatibles con la hipotética argumentación lógico – jurídica de la aplicación proporcional de los deberes y el número de responsables de los mismos en función del número de sujetos deliberantes involucrados: Cfr.: Hernández, Rafael, *Razonamientos en la sentencia judicial* (Madrid, Marcial Pons, 2013), 84 – 90.

trascienden la esfera del “principio de moralidad” o “buena fe” –y consecuentemente la esfera netamente procesal– hasta comprometer la función de la autoridad jurídica epistémica (control de constitucionalidad) en el sistema de democracia deliberativa⁶⁰.

En cuanto se refiere a la premisa 4 del ejemplo 2; sus contenidos expresan una combinación de deberes morales y jurídicos, un ejemplo de ello es la diversidad de conceptos que giran en torno a los derechos constitucionales del adulto mayor, en consecuencia esta premisa representa un auténtico juicio de adhesión normativa o norma jurídica moral.

En cuanto se refiere a la premisa 3 del ejemplo 3; sus contenidos también expresan una combinación de deberes jurídicos, al menos un principio moral visible y principios prudenciales y ético políticos, un ejemplo de ello es el conjunto de conceptos, deberes e implicaciones que conlleva la vida humana. Este ejemplo sugiere claramente una correspondencia entre la referida diversidad de significados y valores y la función que desempeña el sujeto deliberante que lo lleva a cabo, o sea el legislador democrático en el procedimiento del debate democrático –si hiciéramos un comparativo del contenido de esta premisa con las de los anteriores ejemplos podríamos ilustrar su racionalidad mediante una pirámide invertida ubicando en el nivel más básico al razonamiento práctico ordinario–.

En cuanto se refiere a la premisa 3 del ejemplo 4; sus contenidos expresan una combinación de un deber jurídico verificable y un deber ético – político, en virtud de lo cual también expresa un auténtico juicio de adhesión normativa o norma jurídica moral, aclarando que en este ejemplo el sujeto deliberante presupuso la justificación moral y eventualmente prudencial de la premisa en cuestión de conformidad con el postulado kelseniano de la presunción de validez de todas las normas del sistema jurídico⁶¹.

Y finalmente en cuanto se refiere a las premisas contentivas de las conclusiones de los ejemplos expuestos; estas siempre expresan decisiones sobre acciones, mediante la expresión de “juicios de valor”, advirtiendo que sus contenidos no determinan cursos

⁶⁰Sobre el “utilitarismo” y su impacto en la democracia deliberativa: Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 105 – 112. Sobre el alcance del “principio de moralidad” o “buena fe procesal” y el alcance de los abusos procesales: Cfr.: Barberio, Sergio y García, Marcela, “Principio de moralidad”, en Peyrano, Jorge (Director), *Principios procesales/Tomo 3* (Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011), 203 – 66.

⁶¹Sobre la presunción de validez de las normas jurídicas desde el punto de vista de la concepción kelseniana del derecho: Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 7 – 40. Sobre el modelo de silogismo jurídico que refleja la “subsunción” de actos en las situaciones hipotéticas expresadas mediante “reglas jurídicas” y un modelo de silogismo jurídico que refleja un razonamiento judicial basado en principios constitucionales: Cfr.: Huerta, Carla, “Conflictos entre principios”, 193 – 4.

de acción de tales decisiones sólo las “decisiones”. En términos del filósofo argentino estos “juicios de valor” expresan “razones operativas particulares”, las cuales expresan a su vez las implicaciones morales pertinentes exclusivamente en el caso que motivó el razonamiento práctico justificativo.

Asimismo en este punto debo mencionar que Carlos Nino desarrolló las características que deben reunir las “razones operativas” o “razones morales”, sin que haya mencionado expresamente si las mismas son aplicables sólo a las razones morales generales o a las razones morales particulares, es decir a los contenidos de la primera o la última premisa, respectivamente –otro aspecto no menos importante también es que, en el caso de la primera premisa, tales características deberían aprovechar igualmente a los principios prudenciales y a los ético – políticos–⁶².

En segundo lugar, en cuanto se refiere a las premisas que expresan “razones auxiliares”, “razones no operativas” o simplemente razones fácticas; debo observar que Carlos Nino no desarrolló conceptos ni teorías especializadas que nos permitan delimitar su alcance salvo la teoría sobre el razonamiento práctico justificativo que nos ocupa, por lo que propongo definirlas incluyendo a *todas las circunstancias materiales que resulten necesarias para desarrollar juicios de valor sobre la corrección moral del derecho y anticipar el conocimiento de su alcance, lo cual incluye referencias a personas, presupuestos, consecuencias e implicaciones más importantes de tales circunstancias*⁶³, ya que en mi opinión personal su objetivo principal consiste en recrear el *contexto de destino* o contexto en que el razonamiento va a ser aplicado.

Para finalizar, en los tres ejemplos expuestos, las premisas que expresan las razones auxiliares representan el análisis material de los sujetos deliberantes que resulta necesario para discernir sobre el contexto de aplicación del razonamiento práctico justificativo –análisis que repite la organización de las razones operativas o sea su lógica deductiva– de forma que las premisas números 2 de tales ejemplos demuestran que los sujetos deliberantes conciben una situación anhelada lo más próxima posible al concepto moral ideal de la situación en que se encuentran, en tanto que las premisas

⁶²Sobre los principios rectores o características de las razones morales o principios morales generales y particulares que son: autonomía, unidad o integración, finalidad, generalidad, universalidad, superveniencia y publicidad: Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 132 – 3; *Democracia deliberativa*, 73; y, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007), 108 – 25.

⁶³Sobre el contenido y finalidad de las razones auxiliares en el razonamiento práctico justificativo, además del siguiente ítem dentro del presente capítulo: Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 131.

números 4 indican la acción racional más próxima para la realización material de esa situación material.

Gráfico N° 3: Ejemplo de *silogismo moral ordinario* o en todo caso *no jurídico*, empleado usualmente en *contextos ordinarios afectados por algún tipo de coacción*⁶⁴:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujeto deliberante amenazado por algún tipo de coacción externa, que puede o no puede tener obligación jurídica comportamientos determinados
Contexto material de la interpretación	Situación en la que un asaltante armado irrumpe en un banco y obliga a uno de los cajeros [sujeto deliberante] para que le entregue el dinero que se encuentra manejando
Premisa 1	Debo evitar ser muerto o sufrir una seria lesión
Premisa 2	Si no obedezco a éste asaltante es probable que me mate o me lastime seriamente
Premisa 3	Debo obedecer a este asaltante
Premisa 4	El asaltante formuló la orden: “¡Debe entregarme el dinero de la caja!”
Premisa 5	Para obedecer esa orden es necesario que le entregue el dinero de la caja
Premisa 6	Debo entregar el dinero de la caja

Gráfico N° 4: Ejemplo de *silogismo moral ordinario* o en todo caso *no jurídico*, empleado usualmente en *contextos ordinarios no comprometidos por ningún tipo de coacción*⁶⁵:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujeto deliberante no amenazado por coacciones externas, que no tiene obligaciones jurídicas de comportamientos determinados
Contexto material de la interpretación	Situación en la que una anciana que pretende cruzar la calle, solicita ayuda a alguien [sujeto deliberante]
Premisa 1	Debemos ayudar a la gente desvalida
Premisa 2	Si hago lo que esta anciana me pide seguramente la ayudaré
Premisa 3	La anciana formuló el pedido “guíeme para cruzar la calle”

⁶⁴ Ver: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 138.

⁶⁵ Ver: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 138 – 9.

Premisa 4	Para hacer lo que la anciana me pide es necesario que la guíe para cruzar la calle
Premisa 5	Debo guiarla para cruzar la calle

Gráfico N° 5: Ejemplo de *silogismo práctico justificativo político* que eventualmente puede combinar el *carácter moral y jurídico*, empleado usualmente en *contextos de procedimientos democráticos*:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujeto deliberante que desempeña funciones legislativas
Contexto material de la interpretación	Situación de debate democrático previo a la aprobación de una ley
Premisa 1	Es bueno que disminuyan los homicidios
Premisa 2	Si se penase a quienes matan probablemente disminuirán los homicidios
Premisa 3	Debe pensarse a quienes matan a otros
Premisa 4	Si yo formulo oficialmente el juicio “debe pensarse a quienes matan” probablemente se penará a algunos homicidas
Premisa 5	Debo formular el juicio “debe pensarse a quienes matan”

Gráfico N° 6: Ejemplo de *silogismo práctico justificativo judicial* empleado usualmente en *contextos de aplicación de la ley*⁶⁶:

Rol del sujeto de la interpretación	Sujeto deliberante que desempeña funciones jurisdiccionales
Contexto material de la interpretación	Situación en la que debe decidir si aplica una norma jurídica penal infraconstitucional del ordenamiento jurídico
Premisa 1	Se debe obedecer a quien a sido elegido democráticamente para legislar
Premisa 2	El legislador <i>L</i> ha sido elegido democráticamente
Premisa 3	<i>L</i> ha dictado una norma jurídica que estipula “el que mata a otro debe ser penado”
Premisa 4	Juan mató a alguien
Premisa 5	Se debe penar a Juan

1.4. Razonamiento práctico justificativo y “contexto”

⁶⁶Ver: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 139.

Carlos Nino no desarrolló conceptos o teorías específicas sobre los “contextualismos” o su relación con el razonamiento práctico justificativo⁶⁷, su análisis más aprovechable sobre el tema para esta investigación fue consignado en la introducción de su obra “Introducción al análisis del derecho”, a la que denominó “El contexto en el derecho”, cuyo contenido revela la naturaleza instrumental del derecho al punto de su caracterización como una “técnica social” para procurar la “regularidad de comportamientos efectivos y actitudes y expectativas generalizadas” con la particularidad de que su contribución para tal cometido no es única ni definitiva sino “concurrente” con otros imponderables tales como sistemas normativos, instituciones, funciones de autoridad e inclusive prácticas sociales aparentemente divorciadas del derecho, a los que, en conjunto, el filósofo argentino denominó “contexto”⁶⁸:

La interpenetración entre el derecho y cosmovisiones dominantes, concepciones éticas vigentes, circunstancias sociales y económicas, presiones de diferentes grupos sociales, relaciones entre quienes controlan los distintos factores de producción económica, etc., hace que el derecho no pueda ser dejado de lado por los estudiosos de la realidad social – como antropólogos, sociólogos, científicos políticos– y constituyan muchas veces un espejo en el que se reflejan los datos básicos de la sociedad que están interesados en analizar. Desde este punto de vista, el derecho sólo cuenta en tanto se traduzca en regularidades de comportamiento efectivo y en actitudes y expectativas generalizadas que permitan explicar diferentes fenómenos sociales. No es, por cierto, lo que prescriben las normas jurídicas lo que interesa, ni cuál es su justificación, ni que reacciones de los órganos jurídicos es posible predecir, sino cuáles son los factores que condicionan el dictado de tales normas y las reacciones en cuestión, como ellas son percibidas por la comunidad y cuáles son las transformaciones sociales y económicas que el “derecho en acción” (según la expresión de Alf Ross) genera⁶⁹.

En base a lo expuesto la idea principal de la relación entre el “razonamiento práctico justificativo” y determinados “contextos” es que el primero no representa un “fin” en sí mismo sino más bien un medio para la materialización de fines normativos y extranormativos –en este punto me refiero exclusivamente a la “normatividad jurídica”– a diferencia del enfoque preconizado por la “razón normativa” del positivismo jurídico

⁶⁷ Sobre el contexto “socio – estructural”, es decir “institucional” del derecho: Cfr.: Nino, Carlos, *Fundamentos*, 1 – 14. Y, sobre el contexto discursivo en general: Cfr.: Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, 104 – 17 y 387 – 400.

⁶⁸ Cfr.: Nino, Carlos, *Introducción*, 1 – 9.

⁶⁹ Ver: Nino, Carlos, *Introducción*, 6 – 7.

que posee un ámbito de acción mucho más específico como la planificación normativa de los fines sociales⁷⁰.

Sin embargo de lo expuesto y debido a la importancia de contar con “conceptos mínimos” de los “contextos”, aprovecharé los dos conceptos desarrollados por la Real Academia de la Lengua en su orden específico:

Definición 1 Entorno lingüístico del cual depende el sentido y el valor de una palabra, frase o fragmento considerados.

Definición 2 Entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en la cual se valora un hecho⁷¹.

Habiendo transcrito este par de conceptos, antes de continuar debo observar su correspondencia con los usos del término en la teoría del filósofo argentino: el primero corresponde a ejemplos tales como el “nihilismo jurídico”, la “moralización de la política” o el “individualismo metodológico” entendidos como “discursos”, es decir conceptos que promueven la acción⁷² –en sentido amplio esta designación podría alcanzar a varias de las teorías de Carlos Nino entendidas en el mismo sentido–; mientras que el segundo concepto corresponde a las situaciones de cuestionamiento sobre la validez del marco institucional del derecho y la propia democracia deliberativa, marco institucional conformado por instituciones y normas jurídicas que garantizan los fines de la democracia deliberativa, en otras palabras a fenómenos o aspectos materiales de la realidad social y política, tales como la comunicación colectiva entendida como un hecho social real y verificable⁷³.

También debo subrayar el hecho de que la “justificabilidad moral del derecho” derivada del razonamiento práctico “justificativo” llama nuestra atención sobre la importancia obvia de los casos en los que debe ser aplicado el método los cuales fueron desarrollados anteriormente en el ítem 1.2 de la investigación⁷⁴.

⁷⁰Sobre las finalidades sistémicas y sociales de la concepción kelseniana de la estructura de las normas jurídicas: Cfr.: Schmill, Ulises, “Construcción semántica de la normatividad”, en Rodolfo Vázquez, *Normas y razones*, 34 – 43.

⁷¹ Ver: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=contexto>, 10 de mayo de 2015, 10h30); y, Olmos, Paula, “Contexto”, en Luis Vega Reñón y Paula Olmos, *Compendio de lógica*, 134.

⁷² Cfr.: Nino, Carlos, *Derecho, Moral y Política* ([http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Derecho,%20moral,%20y%20pol%C3%ADtica%20\(art%C3%ADculo\).pdf](http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Derecho,%20moral,%20y%20pol%C3%ADtica%20(art%C3%ADculo).pdf), 15 de marzo de 2015, 08h20), 6 – 8.

⁷³ Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 222 – 8.

⁷⁴Cfr.: Nino, Carlos, *Validez del derecho*, 52 – 62 y 137 – 43.

En mi opinión personal, generalmente la importancia de la relación entre ambos conceptos nos permitirá verificar o desarrollar elementos de análisis tales como: el rol que los sujetos deliberantes cumplen en determinados contextos; la importancia de la subjetividad de los mismos en el desarrollo y aplicación de razonamientos prácticos y juicios de valor –ejemplo de ello es que los sujetos deliberantes conserven la continuidad en el desarrollo de razonamientos prácticos justificativos ya que comprometidos consigo mismos podrían interrumpir dicho desarrollo e incurrir en razonamientos prácticos ordinarios–; la especial correspondencia entre principios y contextos específicos; la importancia de cursos específicos de acción y otras garantías de la acción racional; etcétera. Y específicamente en relación al procedimiento del debate democrático, la importancia de la relación en cuestión reside en que nos permite reconducir la práctica democrática hacia la evolución de la concepción liberal de derechos y el constitucionalismo liberal de derechos; y, específicamente en relación al control judicial de constitucionalidad, su importancia se extendería más aún hasta brindar orientaciones sobre la aplicación moralmente correcta del razonamiento en cuestión.

Por su parte, María Inés Pazos subrayó la importancia de la relación entre el razonamiento jurídico (práctico) y los “contextos” –en todos los casos– al desarrollar su propuesta de “razonamiento lógico falible” bajo el entendido de que es el único recurso lógico eficaz para interpretar razonablemente las “normas derrotables” del sistema jurídico mediante la presuposición de asunciones de fondo que caracterizan potenciales “contextos de normalidad” y “contextos extraordinarios” en los cuales una misma regla jurídica eventualmente puede poseer significados diferentes⁷⁵.

En mi opinión personal el razonamiento propuesto debería ser denominado razonamiento práctico contextual en virtud de las siguientes razones: porque afirma que la información extraída de la realidad posee carácter normativo; además porque afirma que el derecho positivo carece de sentido si es interpretado independientemente de su contexto de aplicación; y finalmente porque desarrolla un criterio de razonabilidad para la interpretación conjunta del derecho positivo y la información relevante de sus contextos de aplicación, a lo que debo agregar que este último aspecto es congruente

⁷⁵Cfr.: Pazos, María, “Derrotabilidad, contextualismo y razonabilidad”, 90 – 9.

con la finalidad de los “juicios de adhesión normativa” expresados a través de la tercera premisa del razonamiento práctico justificativo desarrollado por Carlos Nino.

Continuando, desde el punto de vista de María Inés Pazos la estructura del “silogismo falible”, “silogismo práctico” o “silogismo práctico contextual” que garantiza la representación mínima de los contextos de aplicación del mismo es la siguiente –aquí también he agregado dos variables a la estructura analizada; el rol de los sujetos deliberantes y el contexto material de la interpretación–⁷⁶:

Gráfico N° 7: Ejemplo de *razonamiento práctico justificativo contextual* propuesto por María Inés Pazos:

Rol del sujeto de la interpretación	Potencialmente cualquier sujeto deliberante, aclarando que en mi opinión esta variable está directamente relacionada con el número de conclusiones que puedan obtenerse según el margen de probabilidad de su ocurrencia
Contexto material de la interpretación	Potencialmente cualquier contexto de aplicación del derecho, aunque en mi opinión personal especialmente aquéllos contextos en que se cuestiona el carácter derrotable de las normas o conllevan situaciones particulares de eficacia o validez de las mismas
Premisa 1	Si A entonces (hay buenas razones para creer que) B, aclarando que éstas “buenas razones” en mi opinión son las abstracciones del intérprete de las características más importantes del contexto de aplicación del derecho
Premisa 2	A
Conclusión	B, aclarando que en mi opinión el significado de las normas jurídicas que debe aplicarse en el contexto de aplicación del derecho no necesariamente es uno solo, pueden haber más según su probabilidad de ocurrencia en mérito de las necesidades de dicho contexto, lo que en definitiva refuerza la función deliberativa del sujeto de la interpretación

Adicionalmente, el razonamiento judicial analizado guarda correspondencia con otro aspecto del razonamiento práctico justificativo propuesto por nuestro autor el cuarto caso de su eventual aplicación, el cual se verifica a partir de la necesidad de determinar las soluciones axiológicamente más satisfactorias en una situación determinada, es decir en este caso tanto ambas propuestas de razonamiento práctico son

⁷⁶Ver: Pazos, María, “Derrotabilidad, contextualismo y razonabilidad”, 75 – 80.

igualmente funcionales, aunque también debo advertir que eventualmente podría aplicarse en otros de los casos propuestos por el filósofo argentino como los expuestos en tercer y séptimo lugares aunque esta aplicación resulte más elaborada que la sugerida anteriormente.

En contraste con los razonamientos prácticos propuestos por Carlos Nino y María Inés Pasos y la premisa de su relación con los contextos de su aplicación, John Searle propuso otro razonamiento práctico con el propósito de derivar deberes jurídicos del contexto de los hechos de origen y destino del razonamiento, también en el entendido de que el derecho positivo y la realidad material inevitablemente deben ser interpretados de forma conjunta pero con un elemento adicional el hecho de que tal realidad genera como consecuencias relevantes sentimientos de justicia u obligación en los sujetos deliberantes, obligación que refuerza los deberes jurídicos positivos y eventualmente hasta puede oponerse a ellos; razonamiento que se expresa mediante la siguiente estructura silogística:

Gráfico N° 8: Ejemplo de *razonamiento práctico justificativo* propuesto por John Searle:

Rol del sujeto de la interpretación	Potencialmente cualquier sujeto deliberante aunque lo más idóneo desde el punto de vista de la democracia deliberativa con esta estructura silogística parece la suposición de un tercero imparcial ajeno a la tendencia al “autointerés”
Contexto material de la interpretación	Como observé anteriormente “contextos de justificación del derecho” aunque potencialmente podría aplicarse en otros como por ejemplo el “contexto de las decisiones constitucionales”
Premisa 1 (Premisa Mayor)	A promete hacer <i>p</i>
Premisa 2 (Premisa menor)	Al prometer hacer <i>p</i> , A se ha colocado a sí mismo bajo la obligación de hacer <i>p</i>
Conclusión	A debe hacer <i>p</i> –más que por la obligación jurídica positiva, debido a su sentimiento moral de obligación de haber prometido tal o cual cosa, sentimiento opuesto al cinismo–

En mi opinión personal considero que el razonamiento propuesto también es un razonamiento práctico basado en los mismos argumentos expuestos respecto del razonamiento propuesto por María Inés Pazos y asimismo considero que también

guarda correspondencia al menos con el tercer supuesto de aplicación del razonamiento práctico justificativo, es decir aquel que pretende determinar la justificabilidad del derecho.

Finalmente, en base a lo expuesto tanto el razonamiento práctico justificativo cuanto otras fórmulas de razonamiento práctico específicamente las propuestas desarrolladas por María Inés Pazos y John Searle presuponen la relación entre los mismos y los contextos de su aplicación y también la necesidad de desarrollar premisas intermedias que combinen la normatividad práctica y la normatividad positiva con la finalidad de brindar el sustento necesario y contribuir a la delimitación de la premisa conclusiva además de las ventajas de la contextualización enunciadas anteriormente dentro de éste mismo ítem.

1.5. Finalidades del razonamiento práctico justificativo

En principio la finalidad del razonamiento práctico justificativo está condicionada por el caso específico de su aplicación y además los aspectos propios de la contextualización que corresponda a cada uno de ellos –Carlos Nino desarrolló incidentalmente éste aspecto–; no obstante en mi opinión personal la finalidad del razonamiento práctico justificativo, en última instancia siempre consistirá en la promoción de las dinámicas evolutivas de la dimensión ideal del constitucionalismo complejo –el filósofo argentino habla de “dialécticas constitucionales”– mediante la generación de reflexión individual y colectiva sobre la “concepción liberal de derechos” basada en los principios de autonomía, inviolabilidad, dignidad de las personas y sus relaciones recíprocas, concepción a la que nuevamente desde mi punto de vista debo agregar el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales siguiendo el criterio de nuestro autor en el sentido de que éstos son una extensión natural de aquéllos; ejemplo de lo expuesto son los estudios de caso sobre el control judicial de constitucionalidad y el consiguiente ejercicio de la autoridad epistémica de la Corte Suprema de los Estados Unidos en las sentencias de correspondientes a los casos *Griswold vs. Connecticut*⁷⁷, *Roe vs. Wade*⁷⁸ y *Brown vs. Board of Education*⁷⁹.

Nuevamente, desde mi punto de vista el filósofo argentino defendió la idoneidad del razonamiento práctico justificativo sobre la base de la existencia previa de la

⁷⁷Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 283 – 6.

⁷⁸Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 286 – 90.

⁷⁹Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 290 – 1.

antedicha concepción liberal de los derechos y la sugerida extensión, por lo que éste presupuesto constituye una metanorma, principio o criterio de interpretación del razonamiento práctico justificativo, la democracia deliberativa y el constitucionalismo liberal que puede merecer mayor o menor énfasis dependiendo del caso específico de aplicación del primero así como de su contextualización pero que inevitablemente debe tenerse en cuenta por parte de las autoridades epistémicas, por lo que no debe resultarnos extraño el hecho de que toda aplicación potencial o efectiva del método democrático conlleve en algún momento un cuestionamiento sobre los contenidos de dicha concepción.

Además de lo expuesto Carlos Nino desarrolló un conjunto de principios para la determinación de márgenes de justificabilidad del derecho y soluciones axiológicamente satisfactorias desde el punto de vista de la actividad de las “autoridades epistémicas” el órgano que representa la deliberación democrática como por ejemplo la asamblea legislativa y el órgano que ejerce la titularidad del control abstracto de constitucionalidad del procedimiento democrático del primero y de los contenidos de su legislación, bajo el entendido de que ésta condición –“autoridades epistémicas”– hace referencia a las autoridades del procesos social de determinación de los estándares de corrección más allá de los acuerdos, corporativismos políticos e inclusive de las fronteras del Estado.

Continuando, tales principios fueron desarrollados de conformidad con el criterio clasificatorio de que permitan a los sujetos deliberantes y más aún a las autoridades epistémicas ejercer influencia sobre la búsqueda de la verdad moral o su construcción; de modo que para satisfacer el primero de estos cometidos –el de “búsqueda”– desarrolló tres “principios epistemológicos” y para satisfacer el segundo –el de “construcción”– desarrolló tres “principios ontológicos” según el contenido que expongo a continuación⁸⁰, subrayando el hecho de que la importancia de los mismos para el razonamiento práctico justificativo; ya se trate del rol del legislador democrático o del rol del juez constitucional, reside en el hecho de que permite racionalizar en alguna medida ambos tipos de actividades de determinación de la verdad moral de los sujetos deliberantes:

⁸⁰Ver: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 160 – 1.

Gráfico N° 9: Comparativo de los *principios desarrollados por Carlos Nino para la construcción y búsqueda de principios morales:*

PRINCIPIOS ONTOLÓGICOS	PRINCIPIOS EPISTEMOLÓGICOS
O1: la verdad moral se constituye por la satisfacción de los presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.	E1: El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es un elemento auxiliar útil de la reflexión individual pero, en definitiva, debemos actuar ineludiblemente de acuerdo con los resultados finales de esta última.
O2: la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos.	E2: La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque deba admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de los otros y ser imparcial.
O3: la verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman.	E3: El método de la discusión y la decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral

Adicionalmente nuestro autor propuso una fórmula de relación ideal entre ambos grupos de principios la combinación entre el principio ontológico número 2 y el principio epistemológico número 2 con la finalidad principal de garantizar un nivel

óptimo de equilibrio de las tres dimensiones del constitucionalismo complejo de conformidad con los siguientes argumentos:

La combinación propuesta representa el único medio democrático deliberativo que garantiza la primera mejor opción y la segunda mejor opción en palabras del propio Carlos Nino. La primera mejor opción consiste en la determinación –por medio de actividades de reconocimiento o actividades de construcción– de soluciones axiológicamente satisfactorias a problemas específicos de la praxis política; mientras que la segunda mejor opción consiste en la mayor optimización posible del procedimiento democrático expresada principalmente mediante características tales como la participación de todos los sujetos políticos en el procedimiento del debate democrático sin que importe su representación porcentual en la estructura del órgano legislativo, aclarando que en caso de duda sobre la pertinencia de dicha participación siempre debe favorecerse la mayor participación posible de todos los sujetos políticos con la finalidad de consolidar la “presunción de validez epistémica” postulada por el filósofo argentino; la eliminación o en su defecto la máxima reducción posible de las prácticas de los sujetos políticos basadas en la tendencia al autointerés, en sus propios defectos o en la naturaleza corporativa de los partidos políticos; y, en materia de “decisiones constitucionales” la combinación del procedimiento del debate democrático parlamentario con mecanismos alternativos de participación de la sociedad civil en los mismos, a pesar de la representación política.

Y adicionalmente –la combinación propuesta– representa el único medio democrático deliberativo que asegura la combinación de las dimensiones monológica y dialógica del discurso; en virtud de que presupone la posibilidad de que los sujetos deliberantes puedan desarrollar propuestas de soluciones axiológicamente satisfactorias al tiempo que asegura la deliberación colectiva con óptimas condiciones de llegar a acuerdos o de discutir las propuestas antedichas de la mejor forma posible y en el mayor número de ocasiones; en virtud de lo cual es la combinación que más promueve la aplicación del razonamiento práctico justificativo legislativo por lo que merece la denominación de “método democrático”.

Para finalizar desde mi punto de vista considero que la principal bondad de estos principios en el contexto del procedimiento del debate democrático consisten en la

apertura de los sujetos políticos a enfoques sociales de racionalidad jurídica diferentes del modelo preconizado por la lógica kelseniana del sistema jurídico.

Y, por otra parte, también desde mi punto de vista considero que la principal bondad de dichos principios, especialmente de los principios epistemológicos en el contexto del control judicial de constitucionalidad promueve la racionalidad de la interpretación y argumentación de los derechos en virtud de su concordancia con las teorías principalistas de los derechos y del proceso constitucional, con los principios de interpretación constitucional consignados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y los principios para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 11 de nuestra Constitución.

1.6. Razonamiento práctico justificativo y proceso constitucional de acción de protección

El razonamiento práctico justificativo y el proceso jurisdiccional de acción de protección guardan relaciones potenciales que aún no han sido exploradas, pese a que supondrían niveles óptimos de eficacia funcional para ambos, en virtud de los siguientes argumentos:

En primer lugar, anteriormente ya demostré la influencia que los contextos ejercen sobre el razonamiento práctico justificativo; pues bien, los procesos judiciales y específicamente el proceso de acción [ordinaria] de protección representan entornos institucionales de control judicial de constitucionalidad que influyen efectivamente en la estructura del razonamiento práctico justificativo, en su aplicación y en las decisiones derivadas del mismo con el fin de que el ámbito procesal sea el ámbito específico de actividad de la autoridad jurídica epistémica de la democracia deliberativa.

La importancia de dicha influencia se reflejaría en que el proceso constitucional aseguraría un margen de personas responsables de los deberes que pueden derivar del razonamiento práctico justificativo; además en que las normas jurídico morales de dicho razonamiento aprovecharían las mismas notas esenciales de “autoridad” y “coacción” atribuidas al derecho por la concepción kelseniana; y en general en que nos permitirían atribuir a los criterios procesales constitucionales la función de indicadores especiales de racionalidad jurídica para expedir y evaluar las decisiones de las autoridades epistémicas de la democracia deliberativa la asamblea política y los propios jueces constitucionales.

En segundo lugar es obvio que las finalidades de las acciones constitucionales de protección e inconstitucionalidad⁸¹ de conformidad con su objeto son las más afines de todas las acciones del género a los casos en que debe aplicarse el razonamiento práctico justificativo consistentes en la justificabilidad del derecho y la determinación de las soluciones axiológicamente más satisfactorias⁸², en virtud de lo cual sugiero el hecho de que su aplicación en ambas puede asegurar un mejor cumplimiento de sus fines que la razón normativa no ha logrado aún.

En tercer lugar también es obvio que los principios procesales del proceso de acción de protección, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, superan sus reglas, de modo que es más razonable suponer que los razonamientos normativos que los jueces aplican en los mismos para tomar sus decisiones, fracasan, porque son razonamientos basados en reglas a diferencia del razonamiento práctico justificativo basado en principios [primera premisa] y conducente a principios [premisa final].

En cuarto lugar las decisiones reparatorias de los procesos constitucionales de acción de protección no son normas jurídicas en estricto sentido, sino normas jurídico morales, tampoco son reglas, más bien son principios, principios de los cuales pueden derivarse deberes, ejemplos de los mismos son los contenidos del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aspecto que confirma el carácter “principalista” del proceso, mismo que desarrollaré a continuación.

En quinto lugar según expliqué previamente el razonamiento práctico justificativo es un recurso metodológico desarrollado con la finalidad de garantizar la evolución del constitucionalismo liberal de derechos y en sentido concordante el proceso constitucional de acción de protección y sus equivalentes en el derecho constitucional comparado los procesos constitucionales de amparo y tutela [en México y Colombia, respectivamente] son mecanismos de protección de derechos concebidos en su origen como límites al poder del Estado y actualmente de acuerdo con los garantismos constitucionales como límites a los poderes públicos y privados.

⁸¹La finalidad general de las acciones de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales consiste en suministrar protección eficaz e inmediata de los mismos de conformidad con el primer inciso del artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la finalidad específica de la acción ordinaria de protección de los derechos constitucionales consiste en el amparo directo y eficaz de los mismos de conformidad con el artículo 39 de la misma ley; y, las finalidades específicas del control abstracto de constitucionalidad consisten en garantizar la unidad y coherencia del sistema jurídico de conformidad con el artículo 74 de la misma ley. Cfr.: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 6, 39 y 74.

⁸²Ver: Nino, Carlos, *Introducción*, 345 – 6.

Y finalmente tanto el proceso constitucional de acción de protección cuanto el razonamiento práctico justificativo promueven una concepción “principalista” del derecho y de la realidad o, en todo caso de las controversias jurídicas en general y las controversias constitucionales en particular, concepción que consiste en promover el desarrollo de las “dialécticas constitucionales” –en el sentido nineano de la expresión– en base a principios; en sentido concordante las muestras de investigación constituidas por los procesos constitucionales de acciones de protección números: 599 – 2012, propuesta por Jorge Espinoza en contra de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación y otros, tramitada en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha (muestra N° 1); 1514 – 2012, propuesta por Marte Barriga en contra del Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca y otros, tramitada en el Juzgado Vigésimo de lo Civil de Pichincha (muestra N° 2); 492 – 2013, propuesta por Segundo Sarango en contra de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” y otros, tramitada en la Unidad Judicial Especializada del Trabajo de Pichincha (muestra N° 3); 676 – 2013, propuesta por Zaida Puma en contra del Banco Central de Ecuador y otro, tramitada en el Juzgado Octavo de Garantías Penales de Pichincha (muestra N° 4); y, 769 – 2013, propuesta por Raúl Salgado en contra del Ministerio de Industrias y Productividad y otro, tramitada en el Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha (muestra N° 5); implicaron autos de admisión favorables que de acuerdo al artículo 10 numeral 3 e inciso final del mismo artículo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresan abstracciones de situaciones de la vida convertidas en principios constitucionales, por lo que bien vale decir que en tal sentido la propia práctica forense constitucional confirma dicho enfoque principalista.

En tal sentido Carla Huerta expresa el alcance de las teorías principalistas en el siguiente sentido:

Con «teoría de principios» se hace referencia a diversas propuestas relativas a la diferenciación de los tipos de normas en un sistema o a la posibilidad de invocar «principios» a efectos de resolver una controversia en la aplicación de las normas jurídicas. Es por ello que es aplicable a diversas tesis que varían según el sentido del término «principio» y su función, así como la postura adoptada respecto de la naturaleza del derecho (la relación entre moral y derecho)...

La teoría de los principios ordena hacer algo en su máximo grado de posibilidad, esto es optimizar para determinar su aplicabilidad, de modo que si la norma puede ser satisfecha en grados se trata de un principio. Alexy considera que identificar una norma como un

principio o una regla es una cuestión de interpretación, pues no existen criterios ni métodos que permitan diferenciarlos ante un conflicto⁸³.

1.7. Procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos

Antes de entrar en materia quiero observar que el objetivo principal del procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo consiste en superar la paradoja de la “indeterminación radical de la constitución”, la cual implica en que el texto de la constitución histórica, es decir el primer texto material de la constitución de cualquier comunidad política, no debe ser el único suministro de la conformación de las premisas del razonamiento práctico justificativo, debido a que – de acuerdo al contexto general del pensamiento del filósofo argentino – todos los textos representan tan sólo mandatos, disposiciones, en general normas, mas no realidades, por ello es importante defender conceptos complejos de “constitución” y “democracia” como el concepto nineano de “constitucionalismo complejo”, entendida la “complejidad” como una entidad conceptual conformada por principios teóricos y principios prácticos sobre la realidad en la que se pretende actuar⁸⁴.

En base a lo expuesto no resultará extraño que la paradoja que nos ocupa sea atribuida a la teoría del filósofo argentino como una consecuencia inevitable de la misma; asimismo, el procedimiento que voy a resumir a continuación representa un esfuerzo metodológico del mismo filósofo con la finalidad de obtener el máximo provecho de los textos jurídicos, dentro de los cuales aquél hizo expresa referencia al texto constitucional y legal pero no a los textos jurídicos infralegales, exclusión que en mi opinión posee fundamento suficiente debido a que nos permite descalificar el estado decretal de derecho y promover un estado constitucional de derechos y justicia en todo caso más próximo al modelo de democracia deliberativa defendido por nuestro filósofo.

El “primer paso” del procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos comprende las siguientes actividades: la elección de un enfoque de interpretación, la elección de una metodología de interpretación y la delimitación del ámbito de interpretación⁸⁵.

⁸³Ver: Huerta, Carla, “Conflictos entre principios”, 188 – 9.

⁸⁴Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 31 – 2.

⁸⁵Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 32 – 4.

En cuanto se refiere al enfoque de la interpretación; Carlos Nino tomó partido por el “objetivismo jurídico” y dentro de éste por el “constructivismo”, el cual enfoca el contexto de aplicación de las normas jurídicas para la determinación del alcance de las mismas⁸⁶. En mi opinión, los conceptos correspondientes al objetivismo constructivista del filósofo argentino o, según mi calificación su “enfoque” de interpretación constitucional, corresponden a las denominadas escuelas o corrientes de interpretación constitucional dentro de las cuales figuran al menos las siguientes en relación antagónica: activismo judicial versus restrictivismo judicial; originalismo versus dinamismo; universalismo versus particularismo; de las cuales el filósofo argentino toma partido por el dinamismo, lo llama de otra forma pero en definitiva es la misma escuela o corriente⁸⁷.

En cuanto se refiere a la metodología de la interpretación; debo confesar que aún dudo de etiquetar que la metodología sugerida por el filósofo argentino sea exclusivamente “jurídica” y por ende “constitucional” ya que él llega a hablar de interpretar el contexto al que pertenece la norma jurídica y no sólo la norma jurídica, también ha hecho referencia a la interpretación de las manifestaciones de los sujetos deliberantes, por lo que considero que la metodología sugerida trasciende el análisis jurídico a la esfera del análisis político cuyos objetivos incluyen la descripción y evaluación de las motivaciones –algunas de ellas constituidas por sistemas morales específicos y derechos específicos– de los cambios sociales que vivimos⁸⁸.

Lo expuesto no significa que no pueda desarrollar criterios sobre las implicaciones exclusivamente jurídicas de la metodología sugerida por el filósofo argentino, por ejemplo: la preferencia de los métodos que favorezcan las teorías semánticas de interpretación constitucional, es decir aquéllos métodos que favorezcan nuestra creencia de que las normas jurídicas se encuentran dentro de los enunciados mas no en su enunciación literal; la incorporación de técnicas de interpretación constitucional que tomen en cuenta los precedentes constitucionales y la costumbre constitucional de la sociedad en la que se desarrolla el razonamiento; la previa e inevitable lectura axiológica de la constitución ideal de derechos de dicha sociedad; la

⁸⁶Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 32.

⁸⁷Cfr.: Guastini, Riccardo, *Interpretación constitucional*, 59 – 65.

⁸⁸Cfr.: Sánchez, Pablo y Martínez-Sicluna, Consuelo, *Historia del análisis político* (Madrid, Tecnos, 2011), 32 – 46.

apertura a otras técnicas y métodos amigables con los objetos de la interpretación; y finalmente la perspectiva de que toda interpretación constitucional es parte de un sistema más grande que el jurídico, el sistema de la “democracia deliberativa”.

En cuanto se refiere a la delimitación del ámbito de la interpretación; resumiendo lo expuesto anteriormente, éste comprendería: el texto constitucional, todos los textos legales relacionados con la misma, los sujetos relacionados con la expedición y cumplimiento de las normas pertinentes incluyendo a las instituciones públicas o privadas obligadas con el derecho, las actitudes de tales sujetos y elementos constitutivos de realización de la democracia deliberativa. Además del enfoque del filósofo argentino considero que existe una teoría constitucional que podría servir como criterio de interpretación que permitiría integrar todas estas variables: la teoría sobre la estructura de los derechos fundamentales.

El “segundo paso” del procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos consiste en la identificación de los obstáculos para la conversión de los textos constitucionales y legales en proposiciones del razonamiento práctico justificativo, los cuales, a su vez son aquéllos que determinan la ineficacia del derecho en situaciones concretas⁸⁹.

Según la profesora Ángeles Ródenas los vicios, imperfecciones o defectos de los sistemas jurídicos son: lagunas, antinomias, ambigüedades y vaguedades normativas⁹⁰.

El “tercer paso” del procedimiento de aplicación del razonamiento práctico justificativo a los textos jurídicos consiste en la elección y jerarquización de consideraciones valorativas presentes en el contexto de aplicación de las normas, incluyendo los propios textos constitucionales o legales. En tal sentido, el autor ha descalificado la teoría analítica correspondiente al modelo de ciencia jurídica denominado “dogmática jurídica”, basado en el argumento de que éste también presuponía consideraciones morales⁹¹.

El filósofo argentino no menciona cuál era el razonamiento equivalente del razonamiento práctico justificativo en el criticado modelo de ciencia jurídica denominado “dogmática jurídica”; sin embargo debo mencionar que se trataba del

⁸⁹Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 34 – 37.

⁹⁰Ver: Ródenas, Ángeles, *Los intersticios del derecho/Indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid, Marcial Pons, 2012), 21 – 9.

⁹¹Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 37 – 8.

“razonamiento jurídico prudencial” del cual – valga la oportunidad de mencionarlo – deriva la expresión “jurisprudencia”⁹².

Tanto el razonamiento práctico justificativo cuanto el razonamiento práctico prudencial son tipos de razonamientos prácticos jurídicos pero la diferencia sustancial reside en el hecho de que el primero admite la fundamentación en principios prudenciales elementales siempre y cuando existan en primer lugar principios morales; mientras que el segundo admite su fundamentación en tales principios prudenciales aún sin la concurrencia de principios tales principios morales o principios políticos.

El “cuarto paso” consiste en llevar a cabo inferencias basadas en el ámbito de interpretación constitucional ya delimitado con dos finalidades: la superación de los defectos lógicos del sistema jurídico mencionados anteriormente y la determinación de las consecuencias lógicas de las normas interpretadas, de conformidad con los principios de interpretación que optimicen cualitativamente y maximicen cuantitativamente dichas consecuencias lógicas⁹³. En tal sentido, para cumplir con el primer cometido Carlos Nino recomendó los conocidos principios “ley superior”, “ley posterior”, “ley especial”, aclarando que en caso de que éstos resultaran insuficientes deberíamos recurrir a los recursos relacionados con el segundo cometido, ya que el alcance de los principios interpretados debería cubrir la zona gris del sistema jurídico.

Sin embargo, con relación al segundo cometido el filósofo argentino no propuso ningún método, por lo que propongo, además de los principios contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los siguientes principios de interpretación constitucional: de armonización concreta; de efectividad constitucional; de eficacia integradora de la constitución; de igualdad ante la ley y los privilegios; de incongruencia constitucional; de interpretación jerárquica; de concordancia práctica; de supremacía constitucional; de corrección funcional; de autoridad interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de dignidad humana como cláusula de interpretación; de interpretación conforme a la constitución; de motivación adecuada; de realidad constitucional; de permanencia constitucional; de prevalencia de la justicia material; de prevalencia de la justicia material; de proporcionalidad; de respeto al precedente; de

⁹²Cfr.: Otero, Milagros y Puy, Francisco, *Jurisprudencia dialéctica* (Madrid, Tecnos, 2012), 154 – 59.

⁹³ Por “consecuencias lógicas de las normas jurídicas” debemos entender el horizonte de interpretaciones, significados o implicaciones probables de las mismas en el contexto específico en que deben aplicarse.

respeto por el pluralismo metodológico; de respeto por los tratados internacionales; de unidad constitucional; de silencio de la Constitución; de favor constitucional; de “in dubio pro libertate”; de conservación del derecho, entre otros⁹⁴.

Asimismo propongo las siguientes reglas de interpretación constitucional: de justificación interna; para casos difíciles; plenificantes; privilegiantes; restrictivas; funcionales; y dentro de estas últimas: de aplicación, de control, de orientación; entre otras⁹⁵.

Finalmente considero que la conclusión de este paso debe expresarse en un listado jerarquizado de “consecuencias lógicas de las normas jurídicas” o lo que es lo mismo de “posibilidades de sentido” de las mismas; en favor de las cuales podrán exponerse las razones favorables y desfavorables oportunamente.

Y, el “quinto paso” en la reflexión del filósofo argentino es un tanto bizarro. En primer lugar parece que el objetivo del quinto paso es la confirmación de la paradoja a la que trató de dar respuesta mediante el procedimiento descrito; y subsidiariamente, en mi opinión personal el objetivo de este paso debería consistir en la obtención de “razones operativas particulares” o “juicios de valor” que se traduzcan en convenciones socio – lingüísticas sobre la interpretación de los principios morales que establecen derechos, sobre estos derechos y sobre la propia interpretación constitucional⁹⁶.

⁹⁴Ver: Olano, Hernán, *Hermenéutica constitucional* (Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2009), 117 – 66.

⁹⁵Ver: Olano, García, *Hermenéutica constitucional*, 101 – 7.

⁹⁶Cfr.: Nino, Carlos, *Democracia deliberativa*, 41 – 2.

Capítulo Segundo

Argumentos críticos en contra del razonamiento práctico justificativo

Las críticas al «razonamiento práctico general» y al «razonamiento práctico justificativo» son interesantes y heterogéneas, comprenden críticas de filosofía moral, de metodología de las ciencias sociales y de las humanidades y de teorías jurídicas particulares y especializadas [aquéllas que profundizan en conceptos de argumentación jurídica, interpretación y derecho procesal constitucional]:

2.1. Ulises Schmill

Ulises Schmill ha rechazado completamente la aplicación de la «razón práctica» en la praxis jurídica, manifestando:

Las normas que se suponen derivadas de la «razón práctica» no son otra cosa que conclusiones de silogismos entimemáticos, en los que el concepto de la normatividad se ha omitido dentro de las premisas con lo que se tiene el espejismo de obtener la existencia de las normas con base exclusivamente en la razón. Es la creación de palpables conejillos normativos a partir del gran sombrero mágico del «silogismo entimemático»⁹⁷.

Esta crítica se basó en el análisis comparativo de dos tesis contrapuestas: la tesis de John Searle denominada “How to derive ought from is” [“cómo derivar el deber ser del ser”] y la tesis de Hans Kelsen sobre el “origen de la normatividad”, controversia que guarda relación directa con el “razonamiento práctico justificativo”.

Según Schmill, H. Kelsen habría desarrollado una teoría general del Estado y del derecho, compatibles entre sí con el propósito de demostrar que el sistema jurídico podía desarrollar sus propios “procesos autopoyéticos”, los cuales garantizarían su autosuficiencia y autonomía respecto de otros sistemas normativos. Se ha especulado que una motivación probable de dicha teoría pudo haberse encontrado en el hecho de que el gobierno de su patria Austria – Hungría se encontraba expuesto a menudo a la inestabilidad debido a la influencia de varias monarquías que pretendían poseer legítimo derecho para gobernarla.

En el entendido kelseniano, el “origen de la normatividad” y, por consiguiente de la “autonomía de la *razón normativa del derecho*” encuentra explicación en los

⁹⁷ Schmill, Ulises, “Construcción semántica de la Normatividad”, en Rodolfo Vázquez, *Normas, razones y derechos / Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, pág. 44.

procesos de interiorización semántica de las normas del sistema jurídico, procesos según los cuales este sistema normativo al igual que el *positivismo kelseniano*, que para el caso significa lo mismo, asumen que cada norma jurídica que lo integra posee tres elementos implícitos: la garantía pragmática de la *coacción*, que ha influido tanto en la connotación de las normas que ha dado lugar a su calificación de “mandatos”; la noción de *facultad*, que además constituye el fundamento de otro concepto jurídico importante en el contexto del *positivismo kelseniano*, el concepto de “dinamia jurídica”; y el criterio definitivo de *validez jurídica*, determinado por el *principio de pertenencia* a la “norma básica fundamental”⁹⁸.

La importancia de *los procesos de interiorización semántica de las normas del sistema jurídico* también puede ser explicada desde otro punto de vista; nuevamente en el contexto del *positivismo kelseniano*, constituyen *garantías normativas multinivel* de la unidad del *ser* y el *deber ser* del derecho⁹⁹.

En contraste hay que tener en cuenta que mientras el objetivo de tal *filosofía jurídica* consistía en el cumplimiento de la ley, hecho que a lo sumo, desde un enfoque principalista del derecho garantizaría apenas dos derechos genéricos de todos los habitantes; el derecho general de libertad y el derecho general de igualdad; el objetivo general del “razonamiento práctico justificativo” consiste en garantizar la eficacia de principios normativos, principios operativos y/o principios prudenciales de sistemas normativos distintos del jurídico únicamente en los casos en que el derecho positivo no satisface las presentes exigencias materiales.

En base a lo expuesto, Ulises Schmill ha desarrollado una crítica a la estructura del silogismo práctico propuesta por John Searle, según la cual la aplicación del derecho y, más específicamente de las reglas jurídicas, depende del sentimiento de “obligación moral” que los sujetos del derecho, actores o agentes de la acción puedan experimentar en determinadas circunstancias; y continúa exponiendo la estructura del silogismo jurídico kelseniano el cual reduce el cumplimiento del derecho positivo a la sujeción de los sujetos del derecho al mandato expreso [“expresión” y “objetividad” actúan en John Austin como sinónimos de “normatividad jurídica”] de aquél o lo que es lo mismo de las reglas jurídicas.

⁹⁸ Confróntese: Schmill, Ulises, *ibídem*, pág. 39.

⁹⁹ Confróntese: Schmill, Ulises, *ibídem*, págs. 39 – 43.

Según H. Kelsen [la fórmula abstracta: el origen de la normatividad consiste en que las reglas jurídicas poseen un criterio último de legitimidad y/o validez dentro del propio sistema jurídico: la norma básica fundamental]¹⁰⁰:

Gráfico N° 10: Ejemplo de *razonamiento teórico* de inspiración kelseniana, empleado usualmente en contextos judiciales:

Derecho Positivo	“P”
Precondición	“P” es posible sólo si “Q”
Origen de la Normatividad	Por tanto “Q”

Esta reconstrucción del procedimiento abstracto kelseniano sobre el “origen de la normatividad” tiene por objetivo demostrar que el sistema jurídico posee un origen propio y que no necesita orígenes alternativos o diferentes [supra sistémicos]. En este punto debo anotar el hecho de que el crítico de la razón práctica ha demostrado que el derecho – en su concepción kelseniana – no necesita orígenes alternativos o probables diversos del que proviene de la norma básica fundamental, sin embargo en ningún momento ha afirmado que tales orígenes o causalidades no existan en efecto¹⁰¹. Al respecto, más adelante desarrollaré mis propias objeciones a dicha crítica y podrán valorarse escenarios extraños al análisis de Schmill que corroboran este argumento.

En oposición a la teoría kelseniana, el profesor J. Searle ha sostenido que la normatividad [deberes u obligaciones] reside en la motivación del sujeto del derecho [actores o agentes] para dar cumplimiento a los mandatos jurídicos [en general, derecho positivo y/o reglas jurídicas como por ejemplo: el contrato], sugiriendo un margen de discrecionalidad al efecto. Hay que aclarar que J. Searle tampoco delimita el ámbito de aplicación del razonamiento práctico, con lo cual – me parece que – incurre en el mismo error que Schmill consistente en polarizar el debate razón pura – razón práctica del derecho, perjudicando la valoración objetiva de ambas tesis como he tenido y tendré oportunidad de demostrar en la investigación.

Según J. Searle [el origen suprasistémico de la normatividad es una realidad]¹⁰²:

Gráfico N° 11: Ejemplo de *razonamiento práctico justificativo*, empleado usualmente en contextos ordinarios y judiciales:

¹⁰⁰ Véase: Schmill, Ulises, ibídem, pág. 35.

¹⁰¹ Confróntese: Schmill, Ulises, págs. 39 – 43.

¹⁰² Véase: Schmill, Ulises, págs. 27 – 28.

Premisa Mayor	<i>A promete hacer p</i>
Premisa menor	Al prometer hacer p , <i>A</i> se ha colocado a sí mismo bajo la obligación de hacer p
Conclusión	<i>A debe hacer p</i>

J. Searle no profundizó en el estudio de la subjetividad de los sujetos del derecho [actores o agentes] con la profundidad con que lo hizo C. S. Nino, pero por otra parte ha sido claro al proponer criterios sobre la validez social y/o convencional de sus razones normativas o sentido del deber; tales como: criterios sociales de corrección compartidos por la mayoría de sus integrantes; la intersubjetividad limitada por criterios éticos específicos de ciertos negocios jurídicos, profesiones u oficios; inclusive principios generales del derecho como la “buena fe” que constituyen criterios prudenciales de acción u omisión de los sujetos de derecho [actores o agentes] en circunstancias especiales.

En cuanto se refiere a la calificación planteada por U. Schmill de que el silogismo jurídico de J. Searle sobre el origen moral de la normatividad es un “entimema”¹⁰³; opondré a dicha objeción el argumento de la fuerza normativa de los principios constitucionales en circunstancias especiales [vicios endémicos del sistema jurídico: antinomias, lagunas, etcétera]. Ninguno de los dos académicos se pronunció sobre la relación del debate que nos ocupa con el concepto de los “paradigmas constitucionales”, sin embargo hay que reconocer que se trata de una relación necesaria [en los términos de Nino: una relación ontológica necesaria].

En lo concerniente a la fuerza normativa de los mandatos en el contexto del sistema jurídico: las reglas son a los positivismos, lo que los principios son a los garantismos. En consecuencia: la objeción entimemática consiste en que el silogismo práctico presupone que los deberes morales son compartidos por las partes del negocio jurídico y/o de acuerdo a las circunstancias particulares de los casos por el propio sistema jurídico, por lo que omite proposiciones o elementos proposicionales necesarios para la demostración “racional” de la conclusión [U. Schmill continúa caminando bajo la sombra de la racionalidad en la argumentación jurídica]; sin embargo en el contexto de los paradigmas constitucionales garantistas los principios jurídicos [a diferencia de

¹⁰³ Confróntese: Schmill, Ulises, págs. 43 – 44.

las reglas jurídicas, entendidas en la teoría kelseniana como “enunciados o juicios hipotéticos condicionales”] poseen eficacia normativa y por tanto pueden constituir proposiciones o elementos proposicionales en circunstancias especiales, como las reglas jurídicas en el contexto de los paradigmas constitucionales positivistas y aún en los anteriores.

Para finalizar, voy a exponer algunas observaciones en contra de la crítica sucinta planteada por el profesor Schmill a las tesis generales sobre la razón práctica, crítica planteada al principio del apartado:

En primer lugar, estoy consciente de que el concepto del entimema se inscribe en la argumentación jurídica y cuadra perfectamente con la intención teórica de la racionalidad argumentativa, pero aun aceptando dicha intención habría que reconocer que no sólo el silogismo práctico contiene referencias a elementos externos sino también el propio silogismo jurídico correspondiente a la fórmula del argumento trascendente kelseniano, en este sentido podría hacer referencia a todas las relaciones normativas intrasistémicas entre las “normas” – valga la redundancia – que conforman el sistema jurídico, ante lo cual estoy seguro que la respuesta del profesor Schmill sería que dicha objeción no importa basados en que todas esas relaciones así como las normas del sistema jurídico poseen el mismo origen: la norma básica fundamental; pero tampoco negará que ésta posee un origen democrático, por su propia naturaleza mitad política – mitad jurídica, de la cual derivan muchos valores favorables al ideal del propio Kelsen de limitar la arbitrariedad del poder, como por ejemplo: la regla de la democracia de mayoría; valores no expresados en la fórmula del silogismo pero existentes y que constituyen marco de referencia del mismo. Curiosamente; el silogismo práctico también suele hacer referencia a valores ético – políticos externos al mismo; pero esta no es una discusión sobre cuál esquema representa la fórmula perfecta de racionalidad sino cuál posee mejores posibilidades de asegurar los derechos constitucionales.

En segundo lugar, la noción de “contexto”; del derecho, de las normas, de los valores ético – políticos, de la aplicación del derecho y de la estructura de los mismos silogismos, que no sólo se reduce a las circunstancias materiales en que va a tomarse decisión o acción, sino también al derecho internacional y a las expectativas de la generación y de la humanidad en una determinada época, aspectos que han sido objeto

de los denominados “estudios de la cultura”, reduce y condiciona los eventuales conceptos de los principios o valores que consideramos. Existen sólidas posibilidades de objetividad en los contextos que determinan una perspectiva más prometedora del razonamiento práctico que la del mal llamado: “gran sombrero mágico del silogismo entimemático”. Adicionalmente, esta reflexión da lugar a otra consideración sobre la naturaleza de la crítica analizada: La experiencia académica del profesor Schmill da cuenta del conocimiento que posee de “teoría social”, sin embargo su tesis sobre el origen de la normatividad sólo demuestra un uso instrumental de los conceptos de sociología, nada sustancial, a diferencia de C. S. Nino que construyó una teoría interdisciplinaria sobre el contenido del sistema jurídico. Hay que reconocer, en todo caso, que las teorías interdisciplinarias están más próximas al campo de la filosofía de la ciencia que las teorías intrasistémicas o especializadas en una sola área del conocimiento.

En tercer lugar, “la existencia de normas con base exclusivamente en [el uso de] la razón”, a la que hace referencia el profesor Schmill, es una probabilidad bastante real en casos en que el sistema jurídico – normativo posee regulaciones mínimas o insuficientes; por ejemplo: el caso de las lagunas normativas sobre la investigación de concentraciones económicas que afecten los mercados ecuatorianos; o simplemente ámbitos de la vida social, fenómenos o comportamientos sociales que por su novedad, originalidad o eventualidad simplemente no poseen regulaciones en el sistema; por ejemplo: el derecho penal como garantía del derecho del consumidor.

Otro argumento que cuestiona la definitividad del criterio expuesto en el párrafo anterior consiste en el enfoque del uso complementario de ambos razonamientos, si asumiéramos que la “razón normativa” o “razón teórica” del derecho es la moneda corriente del razonamiento judicial mientras que la “razón práctica” representa la forma específica del dicho razonamiento aplicado a los casos difíciles del derecho, en los términos mencionados en el capítulo primero de la investigación de modo que funcionaría como rubro de algún tipo de “razonamiento mixto”.

2.2. Rolando Tamayo Salmorán

Rolando Tamayo Salmorán, además de haber calificado a los defensores de la razón práctica (en el derecho) como “casi juristas”, “pos juristas”, “des

argumentadores” y “neo predicadores del derecho”¹⁰⁴, ha desarrollado varios cuestionamientos y críticas que merecen ser abordados a continuación¹⁰⁵:

❖ Ha sostenido que el conocido concepto de la razón práctica consistente en que las “normas constituyen razones para la acción” es una “falacia naturalista”; y seguidamente ha desarrollado su argumento en base a una explicación sobre la aparente “tautología” de dicho concepto y el alcance socio – cultural de la terminología “racional” – “razonable” – “racionalidad”, expresando:

Actuar por razones, sin embargo, no garantiza que la acción sea considerada *racional en sentido fuerte*. Tan extenso como sea el rango de “cosas” que cubra la “racionalidad”, tendremos presente que no siempre que haya *razones* de lo que *se dice, decide o se hace*, se puede aplicar el predicado *racional* (...) Existen hombres y mujeres que, por las noches, cuelgan guirnalda de ajos y arrancan puertas y ventanas; participan de la creencia del peligro que acecha por las noches... Estos hombres y mujeres, ciertamente, actúan por razones... Sin embargo, ninguno de ellos ha [de] mostrado que las guirnalda de ajos... sirvan... [En consecuencia] “Racionalidad” (como “racional”) es; por un lado, sólo un concepto conductual, psicologista o sociologista (*sit venia verba*) que se aplica a cursos de acción que **A** hace (o cree que hace) *por algo* [por alguna razón]. Por otro lado, “racionalidad”, es un *concepto normativo* que se aplica a cursos de acción que tienen la pretensión de ser la acción “válida” o “correcta”; la única que cualquier **A**₁, si racional, debe realizar en la misma circunstancia. Éste último significado presupone la existencia de *rationes erga omnes* (que hacen que las acciones de cualquier **A**₁ estén *fundamentadas o justificadas* así como los métodos de su conocimiento y aplicación)¹⁰⁶.

El primer aspecto de la crítica anotada, es decir la presunta “falacia naturalista” que supuestamente presuponen los “razonadores prácticos” se fundamenta en la premisa de que la realidad permite derivar de ella directamente “prescripciones”, “obligaciones” o en sentido más amplio las “normas jurídicas”. En respuesta a este aspecto debo anotar que la estructura del razonamiento práctico justificativo desarrollado por Carlos Nino promete solucionar el problema denunciado ya que cuenta con al menos una premisa fáctica y al menos una norma jurídico – moral que permiten poner a disposición del intérprete ambos grupos de principios y valores: aquéllos provenientes de la realidad y aquéllos provenientes de los textos jurídicos, con el propósito de desarrollar una lectura

¹⁰⁴ Confróntese: Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, todo el texto.

¹⁰⁵ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, “De jurista a predicador. La fallida conversión de normas en razones”, en Rodolfo Vázquez, *Normas, razones y derechos / Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Editorial Trotta S. A., 2011, págs. 49 – 73.

¹⁰⁶ Confróntese: Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, págs. 49 – 50, 53 – 54 y 58.

axiológica del problema sometido a resolución. Adicionalmente debo anotar que pese a que el filósofo argentino no desarrolló las relaciones entre los principios y valores al interior de las premisas que conforman el razonamiento práctico justificativo, debido a su evidente inspiración kantiana, podemos remitirnos a los criterios expuestos por el filósofo alemán para suplir la carencia aludida.

En cuanto se refiere al segundo aspecto de la crítica anotada, las expresiones que empleó el propio crítico del razonamiento práctico con el propósito de demostrar la aparente tautología de la expresión “normas jurídicas como razones para la acción”, fueron: “¿preceptúan los preceptos?”, “¿prescriben las prescripciones?” y “¿tienen los cuadros cuatro lados iguales?”. A su entender, las normas jurídicas no necesitan ser razones para que sus destinatarios las cumplan, se cumplen porque constituyen mandatos, por ello su referencia inicial a la teoría jurídica austiniana sobre el mandato. Sin embargo, estoy seguro de que, pese al carácter del derecho positivo, como sabemos, muchas de sus normas simplemente no son aplicadas, dicho de otro modo: la vigencia de sus normas no es equivalente a su eficacia material.

En cuanto se refiere al tercer aspecto de la crítica anotada: El crítico demostró su punto; por una parte los conceptos “racional”, “razonable”, “racionalidad” ciertamente se han visto inspirados por la cultura y en este sentido su significado actual difiere de su sentido de origen y de la traducción literal de su denominación; y, por otra parte el derecho como un producto de la cultura y/o de la teoría social, no es razonable, de hecho la cultura tampoco lo es. No obstante, en este contexto, me parece que el objetivo de la razón práctica debería consistir en alcanzar un nivel aceptable o “razonable” de “objetividad”; y considero que tanto el derecho como la cultura poseen un nivel de objetividad menos cuestionable que su racionalidad. En este punto debo observar que, aunque el crítico en cuestión no lo afirma expresamente, para él la racionalidad o, en su defecto la objetividad está determinada por el criterio social – mayoritario [democracia] expresado mediante el derecho positivo, este es su fundamento: lo que la sociedad o su mayoría consideren correcto, adecuado o conveniente. En consecuencia, como dije anteriormente, “en este contexto” considero al igual que C. S. Nino, que el derecho, la cultura y el razonamiento práctico pueden ser objetivos o pueden objetivarse – que para el caso da lo mismo – si logran armonizar normas de sistemas normativos diferentes en

torno a circunstancias moralmente relevantes con una base permeable a dichas variables como son los principios constitucionales.

❖ También ha sostenido que lo postulados de la razón práctica tienden a “desnaturalizar” el contenido de la argumentación jurídica; bajo el entendido de que esta disciplina está expuesta a perder su sentido y alcance de acuerdo a su contexto de origen¹⁰⁷; y en el mismo sentido también ha expresado:

Todo lo anterior me lleva a plantear una pregunta incómoda: Si ahora la “argumentación jurídica” no se hace en el foro; se hace sin jueces, sólo con razones, ¿qué institución (*if any*) aplica las razones? ¿Los doctrinarios? No; ¿Los próceres? No; ¿Los predicadores? Tampoco... Estos son, quiero pensar, censores severos, visionarios de un mundo mejor, paladines de la democracia, hombres preclaros... (Aunque los hay retentores o *buscadores del botín que da el poder*). *No existen instituciones sociales* cuya específica función consista en ser creadoras y aplicadoras *rationes natura humani generis* y que venzan normas jurídicas (la historia sólo da cuenta de la imposición de nuevo derecho)¹⁰⁸. En la sede donde ocurre la argumentación jurídica, las controversias se clausuran: *res iudicata*. Por lo contrario, ahí donde se enfrentan sólo razones, las controversias no se cierran, es un mundo de las “disputas sin término”. El derecho es un *dictum* (...) y, como tal, no es una manifestación inmanente de la “racionalidad”. La “racionalidad” no gobierna el derecho; “racionalidad”, aplicada al derecho, es meramente un procedimiento (elogioso)¹⁰⁹.

Ese es el punto de las “teorías jurídicas”. Ciertamente, cuando hablo de normas me refiero a normas positivas que pertenecen a órdenes jurídicos que existen (o han existido). Los “puntos de encuentro” (y muchos) divergentes no incluyen “razones”. La expresión, cualquier cosa que nombre, denote o encubra (“bien”, “valor”, “unidad”, “libertad”, “dignidad”) no es entidad de un orden jurídico. Otra pregunta incómoda: ¿Se puede describir el orden jurídico y su funcionamiento sin recurrir al concepto de “razón”? Sí, por supuesto, existe sobrada evidencia¹¹⁰.

La proposición inicial del crítico se remite al origen y desarrollo inicial de la “argumentación” y la “retórica” en la antigua Grecia, diferencia que desarrollaré más adelante, con el fin de demostrar que mientras la argumentación era concebida como un medio de racionalidad, la retórica era concebida como un medio para expresar intereses, pasiones y “razones” de diferente tipo, motivo por el que correspondía a la actividad de los políticos y los poetas; pese a lo cual, en la actualidad, según su criterio, se corre el

¹⁰⁷ Confróntese: Tamayo y Salmorán, *ibídem*, pág. 54 – 57.

¹⁰⁸ Véase: Tamayo y Salmorán, *ibídem*, pág. 56.

¹⁰⁹ Véase: Tamayo y Salmorán, *ibídem*, pág. 57.

¹¹⁰ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, pág. 65.

riesgo de que sus contenidos se confundan entre sí en el campo del derecho debido a la influencia de la razón práctica.

Por otra parte, la referencia a la función de las instituciones sociales y políticas con relación a los principios morales, ético – políticos y prudenciales es importante al analizar la teoría nineana de la democracia deliberativa porque esta defiende la reforma institucional justamente en el sentido de concebir a las instituciones como garantes de los derechos humanos y/o el principio democrático; ésto nos hace pensar en si ¿es posible desarrollar un sistema jurídico mixto; basado no solo en normas sino también en razones? Aunque la respuesta a esta pregunta, aparentemente improbable, excede la investigación que nos ocupa y de por sí constituiría el objeto de otra investigación.

En este punto, con relación al último aspecto de esta crítica, podemos revisar un par de ideas de la filosofía de del derecho que nos harán reflexionar sobre el futuro de los enfoques que nos ocupan: la “interdisciplinariedad” del derecho o las disciplinas que lo conforman tiene como propósito responder a las crisis de insuficiencia o contradicción de sus contenidos que han determinado o pueden determinar que llegue a un punto muerto sin esperanza de sobrevivir; en consecuencia la estrategia que deriva del ideal o las propuestas filosóficas de la interdisciplinariedad consiste en reconfigurar el mapa conceptual de la disciplina en cuestión con el fin de relacionarla con otra u otras que aseguren su evolución o continuidad, disciplinas que eventualmente pueden ser ajenas al sistema jurídico¹¹¹. Este es el caso del diálogo entre la argumentación jurídica, la teoría sobre derechos humanos/teoría sobre derechos fundamentales, alternativamente; y la filosofía moral; también es el si reemplazamos la última disciplina por la filosofía política, por la gnoseología [que se ocupa de los valores prudenciales] o la combinación de dos o más de estas, una iniciativa más arriesgada porque amenaza con desposeer al derecho de su esencia normativa, de su propio carácter normativo.

El propio crítico reconoce que el derecho forma parte de la cultura y además que la convergencia entre [el sentido de] las normas jurídicas y las acciones de los agentes o actores de la dinámica o realidad jurídica tiene carácter contingente¹¹², al igual que el otro crítico, el profesor mexicano Óscar Correas, con la particularidad de que termina

¹¹¹ Confróntese: Lariguet, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar, 2008, págs. 97 – 100.

¹¹² Confróntese: Tamayo y Salmorán, *ibídem*, págs. 57 – 58.

con una conclusión sustancialmente diferente, diría hasta opuesta; lo que determina que su objeción es igual de arbitraria que el objeto de su crítica – entendida como como la entienden –.

Él mismo proporcionó un medio de viabilidad a la acusada ausencia de medios técnicos para llevar a cabo la ponderación de valores o principios prácticos; lo llamó “regla de reconocimiento de razones”, la cual debe fundamentar en su opinión el “criterio de identidad de razones”¹¹³; este criterio se conformaría por las siguientes razones:...; sin embargo su carácter continúa siendo “epistémico”, es decir “descriptivo” desarrollado desde el punto de vista externo, motivo por el cual el silogismo práctico de Nino sigue teniendo vigencia, polémica pero vigente porque explica la acción desde el punto de vista del actor, agente o sujeto del derecho, es decir desde un punto de vista ontológico.

❖ También ha observado que no existe método o procedimiento que asegure la armonía, equilibrio o coexistencia de valores y principios de naturaleza tan diversa como la que preconiza la razón práctica¹¹⁴; y en el mismo sentido también ha expresado:

Aún más, tenemos que para algunos $A_{(s)}$, hay razones para \emptyset , que algunos no consideran razones. Entre los que sí las consideran: unos las consideran de peso; pero, otros, de poco peso y otros, más triviales aún. Existe, sin embargo, un sorprendente *tercius genus*: hay quienes consideran que estas razones, mas bien, son razones para \emptyset .

Qué extraño que esta rapsodia caótica de preferencias, aunada a que los **hechos** (que pueden ser **razones**) no están en el mismo grado de **disponibilidad** y que la lectura de la situación no necesariamente produce la misma reacción en los agentes. Los hay nobles, perversos, sabios, ignorantes, sacerdotes, proxenetas, políticos, ricos, divorciados, musulmanes, todos *wired* de diferente manera.

Es curioso que la **novopredicación** piense que de semejante caos surja a *single one reason* (una única razón) que venza $N_{(s)}$. Las $N_{(s)}$ no surgen de consideraciones de A , ni del peso que les otorgue, simplemente se imponen.

Sin embargo quiero señalar: que los $H_{(s)}$ funcionen o no como $R_{(s)}$, en nada afecta su “naturaleza”, siguen siendo $H_{(s)}$ (...); los mismos no desaparecen (...)

Una de las más incomprensible ideas inmersa en la no menos incomprensible concepción de “argumentación jurídica” de la **novopredicación** es que las “razones *vencen* siempre a las $N_{(s)}$ en una confrontación fabulosa, un nuevo Armagedón en que las “razones

¹¹³ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, ibídem, págs. 66 – 69.

¹¹⁴ Confróntese: Tamayo y Salmorán, Rolando, ibídem, págs. 58 – 59.

vencedoras”, ($R^*_{(s)}$), cantan aleluyas y las $N_{(s)}$, irremediablemente vencidas, son lanzadas al “lago de fuego”. Pero cabe insistir en señalar que esta batalla no ocurrió (ni está ocurriendo ni está por llegar). Ocurrirá quizás otra, cruenta, como ha ocurrido, en la que ciertas $R^*_{(s)}$ se conviertan en nuevas $N_{(s)}$, y derroquen el derecho que hasta entonces estaba [vigente]. Sólo que eso no es argumentación [jurídica]¹¹⁵.

El argumento sobre la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre “valores” y/o “principios” por vía del razonamiento práctico no se refiere a la estructura del razonamiento, ni tampoco a la estructura del silogismo kelseniano, sino a la forma en que el primero puede asegurar dicho acuerdo.

Desde el punto de vista formal, si observáramos la estructura del razonamiento práctico, podríamos afirmar que tal acuerdo axiológico tiene posibilidades materiales de realización en las premisas I, V y VI. La premisa I debe expresar claramente los valores y principios que constituyen el fundamento democrático de la autoridad y de las normas jurídicas; la premisa V expresa las características o notas relevantes de las acciones de los sujetos de derecho [no solo materiales sino también el efecto que estas poseen en los sistemas jurídico y político]; y el VI expresa la relación de tales acciones con la norma democrática. Pero, desde el punto de vista material, el “procedimiento” como tal, no existe en los planteamientos C. S. Nino ni en el de sus precedentes [de Aristóteles a I. Kant]; de modo que las operaciones del razonamiento – pequeñas o grandes – que puedan verificarse al interior de tales premisas, simplemente no han sido abordadas por parte de estos autores.

Para solventar este tipo de problemas puedo pensar en “criterios” y en “principios operativos”. Los primeros consisten en “enfoques” [principios de la interpretación] que por su carácter holístico pueden recomendar la elección de métodos y orientarnos sobre la finalidad de su uso en prácticamente todas las circunstancias. Por otra parte, los principios operativos tienen por finalidades: la materialización del sentido de los mandatos, el aprovechamiento de la prueba y la motivación de los actos judiciales [de conformidad con los presupuestos de la constitución ecuatoriana].

En el caso del silogismo kelseniano, son los métodos y técnicas de interpretación jurídicos los que cumplen la función de dispositivos operativos de las operaciones del razonamiento dentro y fuera de las premisas o proposiciones; en consecuencia podríamos hacer lo propio con el fin de garantizar la eficacia del razonamiento práctico

¹¹⁵ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, págs. 61 – 62.

empleando los métodos de interpretación constitucional [en particular los métodos no conflictivistas de resolución de problemas constitucionales como la armonización de bienes, unidad, fuerza normativa, etcétera] ya que son más permeables a la realidad o contexto material de los valores, principios y normas en las premisas antes mencionadas.

Sin embargo de lo expuesto, existiría una objeción de ética normativa para tal aplicación de los dispositivos de interpretación constitucional: el hecho de que socavaría los fundamentos de la razón práctica ya que el razonamiento práctico justificativo ha sido concebido como una garantía del modelo de democracia deliberativa y esta a su vez como equivalente y garantía primaria política del propio sistema jurídico; las tesis nineanas en referencia no se agotan en la esfera de la teoría jurídica, por ello conllevan la reforma institucional del gobierno; en consecuencia se correría el riesgo de que tales métodos no permitan aprovechar esa doble dimensión de la razón práctica [derecho positivo – realidad política]¹¹⁶ y que por ende fracase convirtiéndose en una simple moda o discurso pasajero.

Existe otra alternativa que podría permitir superar dicho reparo en favor de la aplicación de la razón práctica: los modelos híbridos [interdisciplinarios] de interpretación que vinculen la metodología constitucional con la metodología de investigación social.

Otra de las críticas relevantes que resaltan de la transcripción anterior está constituida por el argumento del “relativismo moral”, siendo ésta una de las más sólidas en contra de la tesis analizada. Según esta crítica las características intrínsecas y extrínsecas de las personas influyen y pueden llegar hasta a modificar sus percepciones de los hechos relevantes, en otras palabras cada individuo comprende los mismos hechos de diferente manera; en consecuencia si bien la razón práctica “en esencia” es la misma, puede revestir matices, connotaciones e impresiones diferentes en las personas. Más interesante aún, sería poner en cuestión esta semblanza periférica de la razón

¹¹⁶ Existe una tendencia considerable en las ciencias sociales según todos los asuntos sobre la vida personal o social de las personas en un contexto que tenga que ver con el Estado son vistos como asuntos con un significado político. Además, la lectura integral de la obra de C. S. Nino y el conocimiento de su vida como académico involucrado en escenarios políticos no sólo como asesor sino como actor, demuestran su preferencia por esta tendencia, la cual implica para el caso que cuando hizo referencia a valores políticos y ético – políticos pudo haberse referido implícitamente a tantos otros valores que por su connotación democrática o colectiva vieron invisibilizada su esencia.

práctica en el contexto de la sustanciación del recurso extraordinario de casación en contra de una decisión que articule la misma.

Otro cuestionamiento derivado del argumento anterior, aunque el autor ni siquiera lo ha sugerido, consiste en la dificultad y/o poca probabilidad de levantar o desarrollar toda la estructura de un sistema de sana crítica idóneo, y, en general, de desarrollar un sistema procesal que canalice adecuadamente todas aquellas particulares tesis de la naturaleza humana que expuestas a la razón práctica pueden ser más inesperadas aún; de todos modos, tales sistemas jurídicos funcionan en el caso del derecho positivo, pese a sus defectos.

El argumento del “relativismo moral” – de vuelta con la opinión del autor – se encuentra respaldado por un argumento concurrente al que denominaré “disponibilidad de los hechos”. Este argumento cuestiona el alcance limitado o restringido del razonamiento práctico, específicamente cuestiona que pueda aplicarse únicamente con ocasión de los “hechos moralmente relevantes” y no con ocasión de cualquier hecho constitutivo del enunciado hipotético condicional [reglas jurídicas o mandatos] como ocurre según el paradigma de los positivismo jurídicos. No obstante, esta es una objeción “derrotable” porque desconoce deliberadamente uno de los principios más elementales del razonamiento práctico [“elemental” porque ha sido sostenido por todos los autores que han teorizado sobre este tema]: su carácter particularista.

Ahora, continuando, cosa distinta es el resultado de la suma o combinación de ambos argumentos [argumento relativista + argumento de disponibilidad]. El autor es poco claro al determinar el resultado de esta combinación pero sí lo sugiere: la confrontación entre “razones” y la confrontación entre “razones y normas” no significa que las razones derrotadas y las normas derrotadas irán al “lago de fuego” sino que estas confrontaciones [por todos lados] son el propio “lago de fuego”. Continuando aún más con la línea argumentativa de esta reflexión tenemos que el denominado “lago de fuego” es en esencia el “sistema normativo imperfecto” que corresponde a la razón práctica.

Vale decir que se ha teorizado muy poco sobre el sistema normativo derivado o desarrollado en base a la razón práctica; debido a que pese a los avances que se han dado sobre el concepto, alcance e implicaciones de aquella, no ha logrado consolidarse en la comunidad o académica del derecho como “propuesta alternativa” a la razón

normativa. Inclusive podríamos afirmar que en nuestro país ni siquiera enfrenta la fase experimental, apenas con el paradigma constitucional adoptado en 2008 se ha creado el marco de referencia [macro] para que el sistema de razón normativa – positiva [más específico] pueda recién acoger a la razón práctica a través de la argumentación constitucional de casos de justicia constitucional y justicia ordinaria.

En este contexto, la llamada “razón vencedora”; ya sea que triunfe frente a otras razones en la confrontación de razones; o ya sea que triunfe frente a normas en el debate democrático o en la deliberación judicial, constituiría un precedente. Sobra decir que desde el punto de vista sistémico cada precedente del género constituye un germen que tiene la aptitud aunque sea pequeña de reconfigurar el sistema de razón normativa del derecho; aclarando que esta aptitud es sólo suya porque no puede pertenecer al debate democrático, ya que por más democratizadora o garantista que fuera una ley, siempre representará la convergencia coyuntural de las fuerzas políticas, en este sentido las praxis colectiva indirecta es más caprichosa que la praxis individual sistémica de los jueces, operadores jurídicos y abogados.

Para finalizar esta crítica, si desarrolláramos el supuesto de la reconfiguración del sistema de razón normativa a partir de la razón práctica, me parece que los primeros pasos deberían depender de los precedentes y la jurisprudencia legal y constitucional; seguidamente podrían crearse dispositivos legales más idóneos para la aplicación de la misma; y finalmente el activismo de los partidos políticos y los principios del sistema de partidos deberían modificar sus prácticas, no necesariamente adecuarlas a la “retórica aristotélica”, pero sí desarrollar puntos de convergencia con el ideal democrático deliberativo y/o constitucional.

❖ También ha propuesto una analogía del rol de los sujetos del derecho, incluyendo al Estado y los consiguientes roles de autoridad, equiparándolos a las piezas del ajedrez, aunque con un fin poco claro parece referirse a la lógica sistémica de la razón pura / positiva del derecho y su eficacia material frente a su contra referente, en estos términos:

... El peón no es una razón; el alfil no es racional (como no lo son las demás piezas). Un trozo de madera (o de otro material) es peón, sólo porque así lo determinan las reglas del ajedrez. El peón inicia de donde inician los peones (peón 2, torre/rey, alfil/rey, caballo/re... torre/dama), casi no tiene “movidas”, y las que tiene son parcas. Si decido mover el peón es porque, según mi lectura de las piezas en el tablero, tengo (o creo tener)

razones para hacerlo (me conviene). Las razones son más como más es la conveniencia; sé leer las piezas en el tablero; en suma: sé jugar ajedrez. Así; los trozos de madera sobre una tabla cuadriculada funcionan como *piezas de ajedrez* y sus movimientos como *jugadas del juego*.

La diferencia que he apuntado es una instancia de un importante dualismo de la razón práctica: *Una cosa es lo que hago; otra, lo que me pasa*. Así, si no obstante su exclusión o su derrota en mi consideración, $N_{(1)}$ se me aplica, entonces, esto es algo *que me aplica, no algo que (yo) hago* (o decido hacer).

Esta distinción es fundamental para las proposiciones de la razón práctica. La diferencia entre “lo que me pasa y lo que hago” ha sido establecida desde la *Ética Nicómaclea*. Dice Aristóteles que los actos involuntarios no cuentan para los silogismos prácticos. En este sentido dice: “Las acciones son no voluntarias cuando se hacen bajo coacción y un acto es coaccionado cuando su origen es de fuera, siendo de tal naturaleza que el agente, que es realmente pasivo, en nada contribuye a su realización, por ejemplo, cuando es llevado a un lugar por la fuerza...”¹¹⁷

En realidad esta objeción es una articulación de una crítica anterior del mismo autor que ya desarrollé: la de “la racionalidad como producto de la cultura”, porque presupone que el comportamiento y las decisiones de los sujetos del derecho, actores o agentes debe encuadrar siempre en los esquemas de posibilidades desarrolladas en el derecho positivo, sugiriendo que una decisión contingente es improbable; y claro, el derecho positivo expresa los estándares sociales que son el resultado del sistema cultural, desde cuyo punto de vista las diferentes sociedades no siempre poseen los mismos criterios de aceptación y/o aprobación social.

Este cuestionamiento no es demasiado sólido; debido al argumento expuesto, al hecho de basarse en una analogía elemental y sin muchas posibilidades de cubrir muchos aspectos de gran importancia en el debate y a las siguientes razones:

En primer lugar, puedo oponer el argumento aristotélico consistente en que “toda decisión es la conclusión de un silogismo práctico”, desde cuyo punto de vista las personas toman decisiones a diferencia de las piezas de ajedrez; y, además disponen de un rango no predeterminado de posibilidades de actuación también a diferencia de dicho juego, inclusive el cumplimiento de las opciones legales es un opción decisional.

En segundo lugar, puedo poner en cuestión la analogía del ajedrez que trata de ilustrar el comportamiento individual en función del criterio de conveniencia de cada uno de los jugadores, en el contexto del doble enfoque de la filosofía de las ciencias

¹¹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, pág. 67.

sociales, dentro de la cual se enmarca la denominada “teoría de la elección racional” que junto a su tendencia opuesta la denominada de la “teoría social” procuran explicar el fenómeno social o, especificando en el caso de C. S. Nino, la praxis individual y la praxis colectiva, correspondientemente. Lo que demuestra este ejercicio comparativo es que la filosofía de las ciencias sociales posee mejores articulación y claridad conceptuales que la filosofía de la ciencia jurídica para comprender el alcance democrático de la elección individual.

En tercer lugar, puedo observar que el derecho es un sistema artificial, principalmente desarrollado a instancias de la praxis individual y colectiva; mientras que el comportamiento social de las personas, de los “jugadores” en el lenguaje de Tamayo y Salmorán, es natural y constituye el dispositivo generador y renovador del primero. En este sentido, esta contra objeción es parcialmente convergente con la connotación de la teoría marxista del derecho.

En cuarto lugar, la lógica dual “razón normativa – razón práctica” del derecho implica mucho más que lo que expresa irónicamente el crítico: “lo que me pasa y lo que hago”; por ejemplo, si analizamos la estructura del silogismo práctico tenemos que las premisas IV y VI son netamente jurídicas porque se refieren a las prescripciones del derecho positivo y mandatos judiciales, respectivamente; mientras que el resto de premisas combinan elementos de análisis de la realidad [razones prácticas] con elementos de análisis teórico – jurídicos [razón normativa], lo que demuestra que el argumento del crítico ni siquiera puede articularse en la estructura del razonamiento práctico. Otros ejemplos del reducido alcance de la crítica son: la oportunidad de aplicación de la razón práctica y el contexto externo del cual la razón práctica toma sus elementos; porque si nos guiáramos por dicha crítica desconoceríamos estos aspectos.

Y, finalmente, las corrientes iusnaturalistas, la idea de los derechos humanos y los constitucionalismos garantistas basados en las concepciones sobre la prevalencia de los principios constitucionales se oponen al concepto del derecho como una entidad autónoma externa a las personas que ejerce sobre estas una fuerza irresistible.

❖ También ha sostenido que el principio general del derecho consistente en que “la ignorancia del derecho no excusa su incumplimiento” constituye un obstáculo para la eficacia del razonamiento práctico, ya que según este principio la capacidad de decisión de los sujetos de derecho, actores o agentes y *per se*, sus razones para actuar, no poseen

relevancia objetiva sino únicamente el derecho positivo¹¹⁸. Sin embargo, procurando ser justo con la crítica propuesta, considero que dicho autor en realidad quiso referirse a todos los “principios generales del derecho” que cumplen o pueden cumplir una función adversa a la “razón práctica” en situaciones contingentes, como por ejemplo: el principio de presunción de derecho del conocimiento general de la ley.

Con respecto a esta crítica debo manifestar que aún no existen experiencias en el derecho comparado que hayan implementado y/o ensayado modelos normativos basados en la razón práctica, de modo que, en principio podríamos afirmar que no sólo los principios generales del derecho sino también potencialmente todos los mandatos o reglas jurídicas pueden desempeñar funciones igualmente adversas a la razón práctica, pese a lo cual este cuestionamiento no tiene el peso deseado por su autor porque el debate razón práctica – razón normativa no se ha consolidado ni mucho menos resuelto, de modo que en su lugar podría visualizar varios escenarios: **a)** los principios generales del derecho, por su propia naturaleza comenzarían a desposeerse de sus sentidos habituales y volverse más funcionales a la razón práctica; **b)** las llamadas “razones vencedoras” constituidas mediante precedentes y dispositivos legales en determinadas circunstancias en determinadas circunstancias – según expliqué anteriormente – generarían nuevos principios generales del derecho que sustituyan, complementen y/o generen nuevos significados en relación con los principios ya existentes; y, **c)** que el paradigma constitucional y otras variables infrasistémicas e intersistémicas como el modelo de control de constitucionalidad, las filosofías garantistas y las teorías críticas jurídicas y no jurídicas promuevan el concepto de los principios constitucionales como fuente del derecho, creando las condiciones adecuadas para la vigencia de la razón práctica.

❖ Y finalmente ha propuesto la aplicación de un teorema matemático denominado “teorema de la imposibilidad” con el fin de demostrar la ineficacia de la eventual aplicación de la razón práctica:

¿Es acaso posible que todos los $A_{(s)}$, individuos singulares, separados, distintos (fisiológica y culturalmente), en un mismo espacio de tiempo, tengan en cuenta a $N_{(1)}$, como R y que sea ponderada, de forma idéntica, por $A_{(1)}$ y los otros? *Facies non omnibus una, non diversa tamen*. No sin cierta osadía extendiendo esta conocida sentencia para decir: Todos los $A_{(s)}$, no son *uno*, ni siquiera parecidos. Los hay renuentes, soldados, atrevidos,

¹¹⁸ Confróntese: Tamayo y Salmorán, Rolando, *ibídem*, págs. 70 – 71.

ilustrados, obreros, angustiados, pobres, opulentos, alérgicos, proxenetas, enfermos, senadores, analfabetos, engreídos, lisiados, optimistas, espeleólogos, tímidos, escultores, atletas, zapateros, devotos, pedófilos, bailarines, empresarios... (el lector puede continuar si quiere). Si a eso añadimos como coeficientes: edad, sexo, lugar, genes, religión... resulta fácil entender el porqué del “teorema de la imposibilidad”...

Pienso que la única respuesta se encuentra en el teorema de la imposibilidad de Kenneth Arrow. Este sorprendente teorema sostiene la tesis (construida con matemáticas elementales) de que “bajo ciertas condiciones de racionalidad e igualdad (asumiendo que las haya) es imposible garantizar que el rango (raking) de preferencias sociales corresponderá a rangos de preferencias individuales cuando, habiendo opciones (choices) alternativas, más de dos individuos están en juego.

Que $H_{(s)}$ toma en consideración el A , dependerá de sus preferencias. A hará una lectura de C , y tomará en cuenta sólo $H_{(s)}$, que considera relevantes para Φ (o su omisión), p. e. A [$H_{(1)}$, $H_{(6)}$, $H_{(12)}$, y $N_{(1)}$] para $\Phi \downarrow \approx \Phi$. En cambio, $A_{(2)}$ tomará en cuenta sólo $H_{(s)}$ que considera relevantes para Φ (o su omisión); $A_{(2)}$ no piensa en Φ ; p. e.: $A_{(2)}$ [$H_{(1)}$, $H_{(6)}$, $H_{(12)}$, y $N_{(1)}$] para $\Psi \downarrow \approx \Psi$. $A_{(79)}$ [$H_{(3)}$, $H_{(25)}$, $H_{(34)}$, ...] para $\pi \downarrow \approx \pi$. $A_{(79)}$ no piensa en Φ ni en Ψ . Algunos $A_{(s)}$ lo harán; otros no. Y así $A_{(19)}$, $A_{(55)}$, $A_{(99)}$, ... $A_{(n)}$. Algunos $A_{(s)}$, como en el caso de $A_{(79)}$, excluirán a $N_{(1)}$ del *campo de razones*. Todos estos “balances de razones” son absolutamente distintos y separados, dependen de las preferencias de los $A_{(s)}$, pero también de la disponibilidad de los $H_{(s)}$.

En este el destino de $N_{(1)}$ es muy complicado (puede no ser considerada R , puede ser R y ser vencida, puede en fin).

Imaginemos un derecho nacional en cuyo ámbito espacial de validez es considerable, coincidente con todos los individuos, que se encuentran dentro de su extenso ámbito espacial y cuyas $N_{(s)}$ (las más), se aplican a todos. ¿Es acaso posible que el conjunto de $H_{(s)}$ a considerar, además de cierta N sea el mismo para todo A ? ¿Tendrán las mismas razones para actuar, además de N (si satisface la regla de reconocimiento de razones), un viejo abate, un joven ciclista, un rapero adolescente, un profesor de Filosofía del derecho, una mujer madura...?

A (o, simplemente, de los más), coincide en tener a N como R (razón para actuar). Esto claramente violenta el *teorema de la imposibilidad de Arrow*¹¹⁹.

Esta crítica presupone dos críticas anteriores del mismo autor, dicho de otro modo es una crítica “compleja” o “consecuencial”: la del “relativismo moral” y la de la “disponibilidad de los hechos” [aunque esta última en sentido positivo porque supone que todos los $A_{(s)}$ gozan de la “disponibilidad de hechos” por igual].

¹¹⁹ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, ibídem, págs. 72 – 73.

La hipótesis principal de esta crítica consiste en que es imposible que todos los sujetos del derecho, actores o agentes compartan los mismos criterios o estándares de corrección del razonamiento práctico. La hipótesis se ha basado en un teorema matemático según el cual tal “concordancia práctica” es imposible.

Esta crítica es una de las más importantes que se han propuesto en contra del carácter absoluto de la razón práctica porque adaptó un teorema matemático con el fin de explicar fenómenos colectivos [praxis colectiva, discurso moral, discurso democrático, etcétera] a partir de la identificación de variables o aspectos comunes al comportamiento de los sujetos del derecho.

Lo expuesto puede significar – una vez más – que la razón práctica puede funcionar como una lógica complementaria y/o alternativa dentro del propio sistema jurídico de inspiración normativa [razón/teoría pura del derecho], lo cual puede dar inicio a otros debates no menos importantes que el presente, sobre una nueva teoría de sistemas aplicada al sistema jurídico, incluyendo todos sus subsistemas como el de fuentes, el garantista o el de derechos fundamentales [en opinión de Nino: derechos humanos].

2.3. Óscar Correas

Óscar Correas ha sostenido argumentos críticos a la racionalidad del derecho que promueve indirectamente la eficacia de la razón práctica. Esta crítica se articula mediante tres argumentos interrelacionados que son: (1) la “racionalidad” es ajena al “discurso jurídico”, al derecho y a la argumentación jurídica; (2) el concepto del estado de derecho conlleva el de racionalidad como un atributo exclusivamente suyo; y, 3) la racionalidad así entendida ha servido para desarrollar y consolidar una lógica política antagónica de aplicación del derecho que ha desnaturalizado por completo su concepto y su función¹²⁰.

Esta relación se explica de la siguiente forma:

La expresión “racionalidad” deriva de la expresión latina “ratio”, la cual deriva de la expresión griega “logos” que parece haber significado “razón” en plural, es decir “razones”, queriendo significar con ello que pueden ser contadas, sumadas o restadas en mérito o demérito de la opinión o la persona que las profiere; por esta razón estuvo

¹²⁰ Confróntese: Correas, Óscar, “Razón, Retórica y Derecho. El regreso de la Retórica”, en Rodolfo Vázquez, editor, *Normas, razones y derechos / Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Editorial Trotta S. A., 2011, págs. 145 – 164.

vinculada normalmente a la lógica y a la ciencia, a diferencia de la “retórica” relacionada con la “persuasión” e “impresiones falsas” según la mayoría de autores de la época, con excepción de Aristóteles¹²¹.

Sin embargo, en la modernidad, dicha expresión ha pasado de ser un concepto hasta cierto punto desencarnado – principio científico, a convertirse en un atributo de la figura del Estado – imputación que ha sido objeto de reproches, incluyendo al propio Kelsen – con el propósito de que las decisiones y autoridades del Estado aprovechen el prestigio de la tan idealizada razón, motivo por el cual es tan importante desde el punto de vista de la teoría política y constitucional que quienes argumenten “racionalmente” no sean los funcionarios públicos en general o los políticos sino “principalmente” los “jueces”, los garantes de la autoridad del Estado¹²².

En este sentido, el autor suscribe una crítica al neoliberalismo político explicando que el repentino interés en la argumentación jurídico – racional de la segunda mitad del siglo pasado se debe a una severa crisis de legitimidad de los gobiernos latinoamericanos inspirados en dicha ideología; en concordancia con Karl Marx quien sostuvo que los “jueces” y, en general el “sistema jurídico” reproducen los contenidos e intereses del sistema político y la organización social a través del derecho positivo¹²³ y Aulus Arnio quien ha sostenido que:

Las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas cómo usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura. Tomemos un ejemplo. Todas las interpretaciones presentadas por A son totalmente incoherentes en todo respecto. ¿Qué pensamos acerca de A? Nos sentimos inclinados a decir que A está loco o que pertenece a una cultura que nos es desconocida [...] En este sentido, el concepto de coherencia es un elemento necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana [o sea que quienes no son de su cultura no son humanos o son humanos que no se comunican...]. Nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa funcionan sólo si esta precondition está satisfecha¹²⁴.

¹²¹ Confróntese: Correas, Óscar, *ibídem*, págs. 146 – 147.

¹²² Confróntese: Correas, Oscar, *ibídem*, págs. 145 y 148.

¹²³ Confróntese: Correas, Óscar, *ibídem*, pág. 156.

¹²⁴ Arnio, Aulus, citado por Oscar Correas, *ibídem*, pág. 150.

En base a lo expuesto, el mencionado investigador explica que el Estado es el único titular del prestigio de la *racionalidad justificativa*, la cual descansa en manos de los jueces, responde con decisiones dotadas o inspiradas en la ideología del derecho positivo vigente y respaldadas por la fuerza del orden público; de modo que eventualmente quienes se encuentran afuera del paraguas de tal ideología o simplemente pertenecen a la minoría política son vistos como enemigos del Estado [de la razón positiva del Estado] cuando preconizan propuestas normativas alternativas, cuestionan la decisión de las autoridades judiciales o ejercen activismo civil¹²⁵; lo cual ilustra con el ejemplo de la confrontación armada entre los mineros y los propietarios de las minas respaldados por fuerzas paramilitares en el municipio mexicano denominad “cananea”, la cobertura de los medios de comunicación, la respuesta de la fuerza pública y las actuaciones de los jueces sobre este asunto¹²⁶; ejemplo que tiene equivalentes potenciales en otros casos latinoamericanos de luchas por los derechos como la de los habitantes de la Amazonía en contra de empresas petroleras para obtener la remediación ambiental o la lucha de los yasunidos en contra de la explotación petrolera del Parque Nacional Yasuní en Ecuador.

En tales contextos destaca la relación: racionalidad – estado de derecho – derecho positivo – lógica amigo/enemigo; y en consecuencia la pregunta: ¿Qué función desempeña o debe desempeñar el razonamiento práctico?

El investigador Óscar Correas critica la racionalidad del discurso jurídico, del derecho y de la argumentación jurídica porque es ajena a la realidad de los casos graves de violación y/o amenaza de los derechos humanos; basado en una concepción marxista del derecho ha llegado a sostener que las leyes o, lo que vale lo mismo “el derecho positivo” reproducen y aseguran los intereses de las clases sociales con influencia o poder político en el parlamento o asamblea; en virtud de lo cual, con el fin de resaltar la función social de las autoridades judiciales del Estado, expresó:

Y los jueces, que es en quienes mayormente pensamos cuando hablamos de argumentación, mucho menos navegan en el pacífico mar del *logos*. Aunque tampoco lo sepan.

Y ¿Qué esperamos de ellos? ¿Que sean racionales o que hagan justicia? ¿Ambas cosas?

Bien. Pero primero lo primero. Queremos que nos convenzan; con argumentos – con

¹²⁵Confróntese: Correas, Óscar, ibídem, pág. 150.

¹²⁶Confróntese: Correas, Óscar, ibídem, pág. 161 – 162.

silogismos no van a poder –. Pero que nos convenzan de que hacen justicia, no de que nos aplican la ley, como gustan decir: nosotros los jueces, con ayuda de los abogados, somos ciervos de la Ley; la aplicamos como es, no como debe ser.

Sí; pero que casualidad que casi siempre pierden los obreros, los clientes de los bancos, aquéllos a quienes les violan sus derechos humanos, los que protestan, los campesinos pobres, los campesinos ecologistas, las muchachas pobres que abortan, los jueces que deciden investigar los crímenes de las dictaduras.

También se dirá que, como dijo Kelsen, no se sabe qué es la justicia porque es un valor relativo, subjetivo. Sí; y también dijo que sólo sabía lo que era la justicia para él: la libertad de investigación científica.

Pero, ¿es verdad que en un continente como el nuestro, con 60% de pobres, no se puede saber qué es la justicia? No; no expliquen la racionalidad de sus fallos: hagan justicia¹²⁷.

En resumen, la crítica de este autor favorece la propuesta del razonamiento práctico justificativo como propuesta alternativa a una razón ajena, extraña, divorciada de la realidad, de la emergencia social de los casos sometidos a la justicia, peor aún relacionada tan íntimamente con principios político de organización social que se oponen a la vigencia horizontal y ecuánime de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, que se oponen a las leyes prácticas, a las leyes morales que aseguran mejor la convivencia social en estados de emergencia que el derecho positivo o el ejercicio indiferente de la judicatura; si consideráramos tan solo la primera premisa del razonamiento práctico justificativo, y su finalidad, poniéndola en cuestión en el caso propuesto por dicho autor, deduciríamos la importancia de determinar la legitimidad del derecho y la autoridad, sin contar con que abre un campo más activo y recurrente de aplicación de las razones de la constitución compleja de la nación mexicana; eventualmente no una aplicación de la constitución compleja sino un “activismo” o una “práctica social” permanente de la constitución compleja por parte de la sociedad civil ante tan difíciles circunstancias, no necesariamente de las partes en conflicto aunque tampoco del Estado.

Inclusive desde el punto de vista del método marxista de análisis del derecho; la concepción de la “razón práctica” del derecho es más impermeable a sus críticas, ya que cuando K. Marx y F. Engels la desarrollaron, no tomaron en cuenta conceptos o “categorías” de la filosofía política contemporánea como son los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales”, cuya positivización concreta es posterior a dicha crítica,

¹²⁷Confróntese: Correas, Óscar, *ibídem*, págs. 163 – 164.

en especial toda la literatura secundaria sobre su sistema de protección, la cual también influyó significativamente en su desarrollo.

Las críticas circunscritas a la dimensión interpretativa del derecho; y, las críticas que trascienden dicha dimensión y poseen connotaciones sistémicas porque cuestionan el derecho en cuanto sistema, comparándolo o relacionándolo con otros sistemas normativos como el político y el moral.

En el caso de la crítica planteada por Manuel Atienza y otros, tomaré en cuenta que se trata de una crítica relacionada principalmente con la interpretación del derecho, no digo “únicamente” sino “principalmente”, porque sólo menciona tangencialmente el concepto “sistema jurídico”.

La preocupación en torno a la interpretación – si ideal, si literal o si contextual – de los principios nos llama la atención sobre la naturaleza interpretativa de los principios: tal pareciera que los principios son normas a – contextuales¹²⁸, lo que abre paso a otro enfoque de la tesis nineana sobre el razonamiento práctico a todas luces novedosa como paso a explicar a continuación.

Seguimos en la línea de que el campo de acción de la tesis en cuestión está conformado por ciertas normas, aquéllas que conforman la denominada “constitución ideal”, normas que no deberían cambiar o, en todo caso, no deberían cambiar ostensiblemente, impermeables al tiempo, que se pueda avanzar sobre el terreno andado sobre ellas pero no retroceder de las mismas, en una palabra a – contextuales; semblanza que nos recuerda la noción de derechos fundamentales, aunque siendo fieles al sentido original – literal de la tesis de Nino serían únicamente los derechos humanos.

En consecuencia, si asumiéramos este supuesto, tendríamos que la tesis en cuestión no posee un alcance tan amplio como el que normalmente se le asigna pero constituiría una tesis especializada que por ser tal es igual o más importante que en aquél sentido.

En la misma línea, otra virtud del razonamiento práctico justificativo sería poder identificar la oportunidad para la aplicación de los derechos humanos y/o fundamentales, lo cual es posible a través de la primera premisa o enunciado del silogismo práctico o, mejor dicho, a través de su diversidad de contenidos: morales, ético, ético – políticos, prudenciales. Con ello se evitaría interpretaciones arbitrarias e

¹²⁸ Confróntese: Pazos, María Inés, “Normas jurídicas derrotables. Una propuesta de demarcación”, en Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, Razones y Derechos*, Madrid, Editorial Trotta S. A., págs. 96 – 98.

injustas de reglas sustantivas del derecho derivadas de los mismos principios, a pretexto de aplicar el razonamiento jurídico justificativo –que irónicamente terminaría siendo “descriptivo” más que “justificativo”¹²⁹.

Otra consecuencia sumamente importante del hecho de asumir el razonamiento práctico consistiría en las consecuencias que posee el razonamiento práctico en la metodología del derecho, de la ciencia jurídica, aclarando previamente que no da lo mismo hablar de metodología de la “investigación jurídica” que metodología de la “teorización del derecho”, éste es el debate que ha tenido como máximos referentes, opuestos teóricamente entre sí a Hart y a Dworkin durante aproximadamente 40 años¹³⁰. Uno de los debates derivados de esta discusión es la del “análisis conceptual”¹³¹.

Crítica al principio de “unidad del razonamiento práctico”: Según esta crítica la metodología del razonamiento práctico expresada en la cohesión e interdependencia interna de la estructura formal del silogismo práctico se sustentan en razones que menosprecian el argumento pragmático que, a su vez garantiza la eficacia del razonamiento jurídico justificativo y del derecho; debido a lo cual sugieren una propuesta alternativa sobre la composición de dicha estructura formal que consistiría en mantener las premisas o enunciados II, III, IV, V y VI, con el propósito de que la proposición prevalente sea la IV, es decir la que corresponde a los juicios de adhesión normativa (“juicios morales – jurídicos”, aunque actuando en consonancia con su lógica deberían denominarse: juicios jurídicos – morales)¹³². Esto no significa que esta crítica se opone a que las normas de adhesión, adscriptivas o subsuntivas carezcan de un contenido moral, ético o prudencial, sino únicamente que no debe ser un contenido *explícito* sino “implícito”, que debe sobreentenderse en lugar de explicarse en términos formales, pero sí conlleva desconocer abiertamente que las dos primeras premisas abren la posibilidad de reconocer valores que caracterizan contextos específicos de aplicación de las normas, contextos que ameritan – desde el punto de vista de todas las tesis sobre razonamiento práctico – un reconocimiento explícito en el enfoque jurídico de aplicación del derecho y consecuentemente en la estructura formal del razonamiento.

¹²⁹ Confróntese: Pazos, María Inés, *ibídem*, pág. 97.

¹³⁰ Vega, Juan, “La postura metodológica de Dworkin. Lo interesante de la crítica”, en Rodolfo Vásquez, *ibídem*, Madrid, Editorial Trotta S. A., 2005, págs. 104 – 106.

¹³¹ Vega, Juan, *ibídem*, pág. 106.

¹³² Confróntese: Moreso, Juan José, *et al*, “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, citados por Victoria Roca, *ibídem*, págs. 463 – 470.

Ahora, más allá de los argumentos - en apariencia simples - sobre cuáles premisas debemos conservar y cuáles premisas eliminar; se oculta un nivel de importancia mayor que la misma estructura del razonamiento, nuevamente dos puntos de vista sobre el derecho: [tesis sobre el razonamiento práctico] en un caso se mira la realidad, se hace abstracción de ella, después se ve el derecho y finalmente se re – conoce los hechos, “a través” de o “gracias” a esa doble perspectiva (juicios morales - jurídicos); y, en otro caso se mira el derecho – si como “sistema”, como “normas” o como ambos para el caso da lo mismo -, luego se miran las normas y los contenidos pragmáticos del caso y finalmente se formaliza esa visión jurídica o juridificada de la realidad en la última premisa del razonamiento. En resumen: Una visión práctica del derecho frente a una visión jurídica (razón pura) de la realidad, respectivamente.

Sin embargo de lo expuesto, voy a argumentar una razón más en favor de la estructura del silogismo práctico, en respuesta a la crítica expuesta anteriormente: dicha crítica también ha sido propuesta por iusnaturalistas, no positivistas y pos positivistas al positivismo jurídico legalista¹³³. Se ha manifestado que no existe necesidad de que se fundamente en la unidad de ideología, teoría y praxis (los tres niveles de discusión y creación la ciencia jurídica) sin embargo así se ha mantenido y aún si por la fuerza sobre natural de la historia –si tuviese conciencia – se aceptase dicha crítica y se procurase un cambio de paradigma o modelo de ciencia jurídica, es claro que tal cambio no sería posible de la noche a la mañana, sino mediante varios paradigmas o modelos intermedios que fueran modificando ostensiblemente la influencia de la ideología y/o de la metodología y/o de la praxis positivistas hasta suprimir o hacer prevalecer una de ellas sobre las otras. En este punto vale decir: lo mismo ocurre con el razonamiento práctico justificativo, en él confluyen – de mayor a menor medida – la ideología, la metodología (para el efecto: el “silogismo práctico”) y la teoría. Sin duda no será una tesis definitiva en la teoría del derecho o, ¿debo decir en la filosofía del derecho?, pero sin duda es “una propuesta alternativa” sólida, consistente con algunas ideas fundamentales del positivismo jurídico y también con otros conceptos del derecho como la razón práctica, los realismos, algunos garantismos constitucionales y especialmente con el neo constitucionalismo.

¹³³Cfr.: Saldaña, Javier, “El derecho natural y sus dimensiones actuales”, en Rodolfo Vázquez, *Normas, razones y derechos*, Madrid, Editorial Trotta S. A., págs. 126 -127; y, 130 – 132.

No obstante, el éxito de esta crítica debo observar que la tesis nineana del razonamiento práctico justificativo no sólo es criticada por los defensores del positivismo sino también por los propios realistas (iusnaturalistas) de más sólido calado como el propio Dworkin¹³⁴; lo cual demuestra la existencia de elementos de política jurídica no menos importante para el tema en cuestión: por una parte, el debate sobre la tesis nineana del razonamiento práctico ha estado y sigue estando inmerso en otro debate más amplio y profundo, el de todas las tesis sobre razonamiento práctico, es decir pese a sus especificidades no escapa de aquella discusión de mayores proporciones que continúa desarrollando un diálogo intersistémico entre la filosofía (ética, meta – ética, filosofía moral, filosofía política) y el derecho (filosofía jurídica, derecho constitucional, teorías jurídicas parciales y especializadas de la dogmática jurídica); por otra parte, el debate en torno a la tesis nineana sobre razonamiento práctico rebasa el ámbito de los paradigmas jurídicos del positivismo y del garantismo constitucional, de hecho los enfoques que ha recibido su planteamiento y sus críticas le caracterizan como una línea de discusión transversal al sistema jurídico (hablando en términos de teoría del derecho en los sistemas jurídicos de inspiración romano – germánica como el nuestro); y, finalmente, queda claro que la tesis nineana no polarizó ni polariza el debate en torno a tales paradigmas jurídicos o modelos de ciencia jurídica sino que constituye una teoría intermedia que inclusive podría constituirse como una válvula interna de los positivismos jurídicos dotados de condiciones más idóneas para promover sus mismas relaciones internas.

¹³⁴ Cfr.: Saldaña, Javier, *ibídem*, págs. 137 – 138.

Capítulo tercero

Análisis de las muestras de investigación

3.1. Metodología de procesamiento de información de las muestras de investigación

Antes de desarrollar el análisis comparativo de las muestras de investigación, es decir de los procesos de acciones ordinarias de protección, haré algunas anotaciones sobre la metodología del análisis jurídico empleada, no sin dejar de aclarar que diseñé personalmente la misma, que la misma evidentemente aprobó satisfactoriamente el examen crítico del tutor de la investigación en su debido momento, que reconozco la premisa fundamental de toda investigación en el sentido de que ninguna metodología es infalible al análisis crítico, de que toda metodología obedece a contextos específicos ya que dependiendo de los mismos puede adoptar giros inesperados y hasta impredecibles y sobre todo el hecho de que siempre puede mejorarse:

a. Las muestras de investigación están constituidas por procesos constitucionales reales, específicamente aquéllos correspondientes a las acciones de protección números: 599 – 2012, propuesta por Jorge Espinoza en contra de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación y otros, tramitada en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha (muestra N° 1); 1514 – 2012, propuesta por Marte Barriga en contra del Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca y otros, tramitada en el Juzgado Vigésimo de lo Civil de Pichincha (muestra N° 2); 492 – 2013, propuesta por Segundo Sarango en contra de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro” y otros, tramitada en la Unidad Judicial Especializada del Trabajo de Pichincha (muestra N° 3); 676 – 2013, propuesta por Zaida Puma en contra del Banco Central de Ecuador y otro, tramitada en el Juzgado Octavo de Garantías Penales de Pichincha (muestra N° 4); y, 769 – 2013, propuesta por Raúl Salgado en contra del Ministerio de Industrias y Productividad y otro, tramitada en el Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha (muestra N° 5).

¿Por qué elegí estos procesos judiciales en lugar de otros?

Por varias razones:

En primer lugar basado en el hecho de que estos procesos conllevaron auténticos debates sobre los fundamentos axiológicos de la democracia, de las instituciones democráticas y jurídicas y de normas constitucionales e infraconstitucionales

pertinentes; aspectos claramente inscritos en el discurso nineano sobre la validez del derecho.

En segundo lugar porque estos procesos además de poseer valor intrínseco por sus contenidos axiológicos según manifesté anteriormente, estuvieron despojados de elementos externos de análisis que pudieron haber comprometido la evaluación objetiva de sus contenidos más importantes, estos criterios externos pudieron haber sido cuantías elevadas, impacto mediático de los procesos, haber formado parte o haber cuestionado de actos de corrupción, etcétera.

Y en tercer lugar porque poseo conocimiento directo de las actuaciones de las partes procesales así como de sus argumentaciones en virtud de que intervine en tales procesos en calidad de abogado patrocinador del procurador general del Estado, quien obviamente fue parte procesal en los mismos ya que fueron incoados en contra de la administración pública.

b. El análisis comparativo de los procesos seleccionados presupone dos hipótesis fundamentales que corresponden al “sí” y al “no” en las columnas centrales de la matriz de datos. Consecuentemente las respuestas afirmativas van reconociendo progresivamente desde el nivel más básico las probabilidades de aplicación del razonamiento práctico justificativo desarrollado por el filósofo argentino mientras que las respuestas negativas cumplen la función contraria.

Digo que existe una suerte de “reconocimiento progresivo de probabilidades” basado en el hecho de que aunque el filósofo argentino no lo afirmó expresamente la presente investigación demuestra que antes de emplear el razonamiento práctico justificativo existen circunstancias y exigencias que deben concurrir y ser cumplidas respectivamente; por ejemplo: la existencia de contextos justificativos y las condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes, entre otros. De hecho, aun habiendo verificado estas circunstancias y exigencias previos, la elección del esquema adecuado de razonamiento práctico justificativo, la formalización progresiva de sus premisas, la aplicación y su articulación como fundamento de los deberes determinados en la parte resolutive de la sentencia judicial ameritan cierto rigor secuencial que no debe ser desatendido u observado con ligereza.

En resumen puedo afirmar que el fundamento de esta premisa metodológica ya ha sido desarrollado en el primer capítulo de la presente investigación.

c. Asimismo las preguntas en base a las cuales van verificándose las hipótesis de la matriz de información corresponden en la mayoría de los casos aunque no en la totalidad a las ideas y conceptos más importantes del pensamiento del propio Carlos Santiago Nino sobre los capítulos específicos de sus obras referenciados en el primer capítulo de la presente investigación. Por otra parte, las preguntas minoritarias corresponden a los nuevos argumentos favorables a la aplicación de los razonamientos prácticos jurídicos – justificativos, incluyendo la propuesta del propio filósofo argentino, resultantes del análisis de las críticas abordadas en el segundo capítulo de la presente investigación.

En cuanto se refiere al número de preguntas desarrollado:

En primer lugar debo reconocer que no existen criterios que determinen ni siquiera que orienten con exactitud la extensión del cuestionario que ha sido desarrollado.

En segundo lugar, concordantemente con la anotación anterior, considero que si bien pude haber desarrollado un cuestionario de más o menos preguntas, resulta positivo el hecho de que la extensión del mismo facilite la representación numérica de probabilidades de aplicación del modelo metodológico (razonamiento práctico justificativo) en el cien por ciento (100%), aspecto que considero disminuye ostensiblemente especulaciones cuantitativas y fórmulas matemáticas complejas en el procesamiento de información.

Y en tercer lugar respecto del número de preguntas dentro de cada etapa previa o de aplicación propiamente dicha del modelo metodológico (razonamiento práctico justificativo) debo reconocer que he procurado privilegiar la dimensión práctica del mismo, por lo que las partes del cuestionario relativas a ésta dimensión son relativamente más extensas que aquéllas relativas a la fundamentación teórica del mismo, subrayando el hecho de que tal preferencia obedece al hecho de que el tema central de la presente investigación si bien posee sólidos fundamentos teóricos, al final del día posee aplicaciones prácticas muy concretas y específicas.

d. Asimismo en cuanto se refiere a las preguntas del cuestionario que poseen mayor contenido teórico y/o ideológico, debo mencionar que su pertinencia está determinada por el hecho de que Carlos Santiago Nino desarrolló su modelo metodológico (razonamiento práctico justificativo) específicamente en el contexto del

discurso sobre la democracia deliberativa y si quisiera ser aún más específico en el contexto del discurso sobre la función del control de constitucionalidad en el funcionamiento de la democracia deliberativa, lo que de por sí demuestra la importancia que poseen tales preguntas.

De hecho el hecho de que las posturas ideológicas u opiniones teóricas de los sujetos deliberantes no sean específicamente aquéllas preconizadas por el filósofo argentino, no tiene trascendencia en la matriz de verificación de las hipótesis, pero si se toma en cuenta que posean alguna ideología y desde luego si su contenido u orientación contribuye a las dos hipótesis fundamentales.

e. En cuanto se refiere al estado de los procesos seleccionados como muestras, debo subrayar el hecho de que en la mayoría de estos se han interpuesto acciones extraordinarias de protección, las cuales como se verá a continuación no he tomado en cuenta basado en las siguientes razones:

En primer lugar porque los razonamientos judiciales desarrollados por los jueces de la justicia ordinaria que eventualmente ejercen la jurisdicción constitucional representan indicadores de la cultura constitucional existente en nuestra sociedad que los razonamientos judiciales desarrollados por los jueces de la Corte Constitucional por obvias razones.

En segundo lugar porque el estado de los procesos seleccionados hasta segunda instancia revela su instrumentalidad o funcionalidad como “procesos de conocimiento” (ya que mediante tales procesos los jueces constitucionales pueden conocer directamente los hechos y decidir sobre los mismos), aspecto consistente con cualquier forma de razonamiento práctico cuya instrumentalidad o funcionalidad está determinada por ser un medio para la realización de la justicia material en lugar de la justicia formal.

En tercer lugar porque precisamente en virtud del argumento expuesto en el párrafo anterior los procesos de conocimiento registran mayor actividad de las partes en las dos primeras instancias, en su lugar en su tramitación en la Corte Constitucional la actividad procesal de las partes es casi inexistente.

En cuarto lugar porque los contenidos de la tramitación de las acciones extraordinarias de protección interpuestas en los procesos seleccionados son incompatibles con los objetivos de la presente investigación, de hecho, de por sí exigirían una nueva investigación, nótese por ejemplo la importancia de variables

recurrentes en el sistema de precedentes de la Corte Constitucional tales como: el argumento de que las personas jurídicas, incluido el propio Estado, poseen derechos constitucionales; sentencias devolutivas o restauradoras que no dicen absolutamente nada sobre los hechos que fundamentaron originalmente las acciones ordinarias; precedentes contradictorios; inexistencia de una relación dialógica entre las partes, el acto normativo denominado “Reglamento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional” ha sido superpuesto a la aplicación de la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en muchos aspectos como el ejercicio de facultades, cumplimiento de plazos, etcétera, entre otros de igual o mayor importancia.

f. Finalmente, en cuanto se refiere al procedimiento que utilicé para obtener la información de los procesos seleccionados y contestar el cuestionario debo manifestar que me basé fundamentalmente en las argumentaciones expresas de las partes procesales que constan en las siguientes piezas: demanda, acta de la audiencia oral de juicio, escritos y alegatos presentados con antelación a la expedición de la sentencia de primera instancia, sentencia de primera instancia, recursos horizontales de ampliación y de aclaración, contestación de la contraparte a los recursos horizontales, auto de aclaración y ampliación, recurso de apelación, contestación de la contraparte al recurso de apelación y sentencia de segunda instancia.

Sin embargo de lo expuesto, en el caso de las preguntas que conllevaron juicios de valor de mi parte, como por ejemplo aquéllas preguntas sobre formas de interpretación judicial, opiniones políticas de los jueces o sus propias valoraciones normativas no jurídicas, también he procurado contestar el cuestionario basándome en los textos de dichas piezas procesales y en su defecto en una valoración contextual mínima y con “valoración contextual mínima” quiero decir que he procurado atribuir a dicho contexto las valoraciones menos controversiales o menos controvertibles posibles.

3.2. Matriz de verificación de las hipótesis

NIVELES DE EFICACIA DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO	PREGUNTAS O ASPECTOS ESPECÍFICOS DE SATISFACCIÓN DENTRO DE CADA NIVEL	SI					NO				
		M1	M2	M3	M4	M5	M1	M2	M3	M4	M5
CASOS DE APLICACIÓN DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de reconocimiento de normas que deben integrar el sistema jurídico?						X	X	X	X	X
	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de aplicación de normas morales?	X	X	X	X						X
	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de aplicación conjunta de normas jurídicas y morales o de aplicación exclusiva de normas morales con contenido o implicaciones morales?	X	X	X	X	X					
	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de justificabilidad moral, prudencial, ética y/o ético-política de normas que integran el sistema jurídico o la decisión judicial?	X	X	X	X	X					
	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de determinación de soluciones axiológicamente satisfactorias?	X	X	X	X	X					
	¿Implica el proceso constitucional algún supuesto de decisiones constitucionales en los términos del "constitucionalismo histórico", del "constitucionalismo del poder" y/o del "constitucionalismo ideal de derechos" preconizados por Carlos	X	X	X	X	X					

	Nino?										
	¿Implica el proceso constitucional algún "contexto justificativo"?	X	X	X	X	X					
PRECONDICIONES DE LOS SUJETOS DELIBERANTES PARA LA APLICACIÓN DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO	¿Demostró la parte accionante tendencia al “punto arquimediano del tercero imparcial” en el desarrollo del proceso?			X		X	X	X		X	
	¿Demostró el juez de primera instancia la tutela judicial imparcial en el desarrollo del proceso?	X	X						X	X	X
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia la tutela judicial imparcial en el desarrollo del proceso?						X	X	X	X	X
	¿Demostró la parte accionante la tendencia a reducir y/o oponerse a la influencia de actos lingüísticos preilocucionarios durante el desarrollo del proceso?		X	X		X	X			X	
	¿Demostró el juez de primera instancia la tendencia a reducir y/o oponerse a la influencia de actos lingüísticos preilocucionarios durante el desarrollo del proceso?	X	X	X		X				X	
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia la tendencia a reducir y/o oponerse a la influencia de actos lingüísticos preilocucionarios durante el proceso?						X	X	X	X	X
	¿Demostró el juez de primera instancia el cumplimiento del “principio (procesal) de moralidad” o “buena fe”?	X	X						X	X	X
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia el cumplimiento del “principio (procesal) de moralidad” o “buena fe”?						X	X	X	X	X
	¿Demostró el juez de primera instancia racionalidad jurídico - procesal en el desarrollo del proceso?	X						X	X	X	X
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia						X	X	X	X	X

	racionalidad jurídico - procesal en el desarrollo del proceso?										
	¿Demostró el juez de primera instancia razonabilidad jurídico - constitucional en el desarrollo del proceso?	X						X	X	X	X
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia razonabilidad jurídico - constitucional en el desarrollo del proceso?						X	X	X	X	X
	¿Demostró el juez de primera instancia la tendencia al conocimiento sobre los hechos relevantes?	X	X						X	X	X
	¿Demostraron los jueces de segunda instancia la tendencia al conocimiento sobre los hechos relevantes?						X	X	X	X	X
ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO	¿Ha empleado la parte accionante, en cualquier momento y actuación, razonamientos constitucionales que pudieren influir, directa o indirectamente en la decisión de fondo?	X	X	X	X	X					
	El juez de primera instancia: ¿Ha empleado, en cualquier momento y/o actuación, razonamientos constitucionales que pudieren influir en la dirección procesal y/o en la decisión de fondo?	X	X						X	X	X
	Los jueces de segunda instancia: ¿Han empleado, en cualquier momento y/o actuación, razonamientos constitucionales que pudieren influir en la dirección procesal y/o en la decisión de fondo?						X	X	X	X	X
	El juez de primera instancia: ¿Ha empleado, en cualquier momento y/o actuación, razonamientos legales que pudieren influir, directa o indirectamente, en la dirección procesal o	X	X	X	X	X					

	en la decisión de fondo?									
	Los jueces de segunda instancia: ¿Han empleado, en cualquier momento y/o actuación, razonamientos legales que pudieren influir, directa o indirectamente, en la dirección procesal o en la decisión de fondo?	X	X	X	X	X				
	El juez de primera instancia: ¿Ha empleado, en cualquier momento y/o actuación, interpretaciones constitucionales, morales, prudenciales, éticas y/o ético - políticas, que pudieren haber influido, directa o indirectamente, en la dirección procesal o en la decisión de fondo?	X	X					X	X	X
	Los jueces de segunda instancia: ¿Han empleado, en cualquier momento y/o actuación, interpretaciones constitucionales, morales, prudenciales, éticas y/o ético - políticas, que pudieren haber influido, directa o indirectamente, en la dirección procesal o en la decisión de fondo?						X	X	X	X
	El juez de primera instancia: ¿Ha empleado, en cualquier momento y/o actuación, interpretaciones legales que pudieren haber influido, directa o indirectamente, en la dirección procesal o en la decisión de fondo?	X	X	X	X	X				
	Los jueces de segunda instancia: ¿Han empleado, en cualquier momento y/o actuación, interpretaciones legales que pudieren haber influido, directa o indirectamente, en la dirección procesal o en la decisión de fondo?	X	X	X	X	X				

	Las providencias, resoluciones y actuaciones judiciales de primera instancia: ¿Reconocieron, presupusieron o declararon principios, reglas o leyes prácticas?						X	X	X	X	X
	Las providencias, resoluciones y actuaciones judiciales de segunda instancia: ¿Reconocieron, presupusieron o declararon principios, reglas o leyes prácticas?						X	X	X	X	X
	Las circunstancias constitutivas del caso concreto: ¿son "hechos públicos y notorios"?	X	X		X				X		X
	De ser así, las propias circunstancias constitutivas del caso concreto: ¿Acreditaron principios, reglas o leyes prácticas?	X	X		X				X		X
	El juez de primera instancia: ¿Rechazó el "abuso del derecho" de las partes procesales en la tramitación de la causa?		X				X		X	X	X
	Los jueces de segunda instancia: ¿Rechazaron el "abuso del derecho" de las partes procesales en la tramitación de la causa?						X	X	X	X	X
	El juez de primera instancia: ¿Desarrolló y/o reconoció "juicios de adhesión normativa" o "normas jurídico - morales"?	X						X	X	X	X
	Los jueces de segunda instancia: ¿Desarrollaron y/o reconocieron "juicios de adhesión normativa" o "normas jurídico - morales"?						X	X	X	X	X
	Los razonamientos judiciales de primera instancia: ¿Concluyeron en "juicios de valor", "razones operativas" o "razones morales particulares"?						X	X	X	X	X

	Los razonamientos judiciales de segunda instancia: ¿Concluyeron en "juicios de valor", "razones operativas" o "razones morales particulares"?						X	X	X	X	X
	La parte accionante: ¿Empleó interpretaciones axiológicas o contextuales de los actos u omisiones impugnados mediante la acción de protección?	X	X	X	X	X					
	Las partes accionadas: ¿Emplearon interpretaciones axiológicas o contextuales de los actos u omisiones impugnados mediante la acción de protección?						X	X	X	X	X
	El juez de primera instancia: ¿Empleó interpretaciones axiológicas o contextuales de los actos u omisiones impugnados mediante la acción de protección?						X	X	X	X	X
	Los jueces de segunda instancia: ¿Emplearon interpretaciones axiológicas o contextuales de los actos u omisiones impugnados mediante la acción de protección?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, el juez de primera instancia: ¿Evitó basar la primera premisa en principios prudenciales, éticos o ético - políticos con independencia de principios morales?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, los jueces de segunda instancia: ¿Evitaron basar la primera premisa en principios prudenciales, éticos o ético - políticos con independencia de principios morales?						X	X	X	X	X

	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, el juez de primera instancia: ¿Evitó concluir dicho razonamiento en decisiones meramente utilitaristas?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, los jueces de segunda instancia: ¿Evitaron concluir dicho razonamiento en decisiones meramente utilitaristas?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, las partes accionadas: ¿Evitaron concluir en premisas meramente circunstanciales?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, el juez de primera instancia: ¿Evitó concluir en premisas meramente circunstanciales?						X	X	X	X	X
	En caso de haberse aplicado un razonamiento práctico, los jueces de segunda instancia: ¿Evitaron concluir en premisas meramente circunstanciales?						X	X	X	X	X
	¿Empleó el juez de primera instancia alguno de los ejemplos de razonamiento práctico justificativo desarrollados por Carlos Nino?						X	X	X	X	X
	¿Emplearon los jueces de segunda instancia alguno de los ejemplos de razonamiento práctico justificativo desarrollados por Carlos Nino?						X	X	X	X	X
	¿Empleó el juez de primera instancia algún otro razonamiento práctico jurídico – justificativo?						X	X	X	X	X

	¿Emplearon los jueces de segunda instancia algún otro razonamiento práctico jurídico – justificativo?						X	X	X	X	X
RELACIÓN ENTRE EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO Y LOS CONTEXTOS	El proceso constitucional: ¿Guardó correspondencia plena con alguno de los dos conceptos más importantes de "contexto"?	X	X	X	X	X					
	El proceso constitucional: ¿Conlleva un "contexto deliberativo"?	X	X	X	X	X					
	El proceso constitucional: ¿Conlleva un "contexto dialógico"?	X	X	X	X	X					
RELACIÓN ENTRE EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO Y EL PROCESO DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN	El proceso constitucional: ¿Observó los principios procesales constitucionales contemplados en la LOGJCC?						X	X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Observó los principios institucionales de la justicia constitucional contemplados en la LOGJCC?						X	X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Observó los principios institucionales de la administración de justicia contemplados en el COFJ?						X	X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Observó el principio “iura novit curia constitucional” contemplado en el artículo 140 del COFJ?	X	X						X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Observó los “principios para el ejercicio de los derechos” contemplados en el artículo 11 de la Constitución?	X						X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Observó el “debido proceso constitucional”?	X	X						X	X	X

	El proceso constitucional: ¿Observó algunos principios generales del derecho?						X	X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Prefirió la aplicación de principios frente a la de reglas?	X						X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Desarrolló sub reglas constitucionales?	X						X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Demostró la existencia, previsión o intuición de algún esquema de derechos y garantías constitucionales?	X	X						X	X	X
	El proceso constitucional: Demostró la existencia, previsión o intuición de alguna teoría principalista del Derecho?	X						X	X	X	X
	El proceso constitucional: ¿Cumplió las finalidades genéricas o específicas de la acción de protección?	X						X	X	X	X
FINALIDADES DE LA APLICACIÓN DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	El proceso constitucional: ¿Poseyó importancia desde el punto de vista de la teoría sobre la constitución de la democracia deliberativa desarrollada por Carlos Santiago Nino?	X	X	X	X	X					
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Promovió el constitucionalismo liberal de derechos o alguna teoría constitucional afín?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Promovió el constitucionalismo liberal de derechos o alguna teoría constitucional afín?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Promovió el	X						X	X	X	X

	constructivismo ético o alguna otra filosofía jurídica analítica?										
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Promovió el constructivismo ético o alguna otra filosofía jurídica analítica?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Promovió filosofías jurídicas de contenido ideológico tales como los positivismos ideológicos, formalismos jurídicos y las tendencias contractualistas?	X						X	X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Promovieron filosofías jurídicas de contenido ideológico tales como los positivismos ideológicos, formalismos jurídicos y las tendencias contractualistas?						X	X	X	X	X
APLICACIÓN DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO JUSTIFICATIVO A LOS TEXTOS JURÍDICOS	La parte accionante: ¿Rechazó la tendencia a considerar que el alcance de los derechos se limita exclusivamente al texto de la Constitución?	X	X	X	X	X					
	Las partes accionadas: ¿Rechazaron la tendencia a considerar que el alcance de los derechos se limita exclusivamente al texto de la Constitución?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Rechazó la tendencia a considerar que el alcance de los derechos se limita exclusivamente al texto de la Constitución?	X	X						X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Rechazó la tendencia a considerar que el alcance de los derechos se limita exclusivamente al texto de la Constitución?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Desarrolló alguna						X	X	X	X	X

	metodología especializada de análisis para el problema constitucional planteado?										
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Desarrolló alguna metodología especializada de análisis para el problema constitucional planteado?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Identificó obstáculos de cualquier tipo para la vigencia y eficacia de los derechos?	X						X	X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Identificó obstáculos de cualquier tipo para la vigencia y eficacia de los derechos?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Reveló algún esquema de valores normativos no jurídicos o de otras consideraciones suprasistémicas?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Reveló algún esquema de valores normativos no jurídicos o de otras consideraciones suprasistémicas?						X	X	X	X	X
	El razonamiento judicial de primera instancia: ¿Concretizó derechos o en su defecto valores normativos no jurídicos u otras consideraciones normativas suprasistémicas?	X						X	X	X	X
	El razonamiento judicial de segunda instancia: ¿Concretizó derechos o en su defecto valores normativos no jurídicos u otras consideraciones normativas suprasistémicas?						X	X	X	X	X

3.3. Conclusiones

En base a la información recopilada en el esquema de análisis de la información dejo constancia de las siguientes conclusiones (cuantitativas y cualitativas):

3.3.1 La valoración integral de las respuestas al cuestionario en relación a la muestra N° 1 indican 46.043% de condiciones y probabilidades favorables para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos y/o justificativos; en oposición al 53.904% de condiciones y probabilidades en sentido contrario.

3.3.2 La valoración integral de las respuestas al cuestionario en relación a la muestra N° 2 indican 34.813% de condiciones y probabilidades favorables para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos y/o justificativos; en oposición al 65.134% de condiciones y probabilidades en sentido contrario.

3.3.3 La valoración integral de las respuestas al cuestionario en relación a la muestra N° 3 indican 22.46% de condiciones y probabilidades favorables para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos y/o justificativos; en oposición al 77.487% de condiciones y probabilidades en sentido contrario.

3.3.4 La valoración integral de las respuestas al cuestionario en relación a la muestra N° 4 indican 21.337% de condiciones y probabilidades favorables para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos y/o justificativos; en oposición al 78.61% de condiciones y probabilidades en sentido contrario.

3.3.5 La valoración integral de las respuestas al cuestionario en relación a la muestra N° 5 indican 21.337% de condiciones y probabilidades favorables para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos y/o justificativos; en oposición al 78.61% de condiciones y probabilidades en sentido contrario.

3.3.6 Las muestras analizadas constituyen contextos apropiados para la aplicación del razonamiento práctico justificativo en virtud de que satisfacen los siguientes criterios: contextos justificativos, contextos dialógicos, contextos de determinación de soluciones axiológicamente correctas, contextos de democracia deliberativa y contextos de decisiones constitucionales.

3.3.7 Los jueces constitucionales de primera y segunda instancia demostraron la carencia de las precondiciones o prerrequisitos que los sujetos deliberantes deben poseer previamente para poder emplear el razonamiento práctico justificativo (imparcialidad,

racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes), con excepción de los jueces de primera instancia correspondientes a las muestras N° 1 y N° 2.

3.3.8 Las muestras analizadas demuestran que los jueces constitucionales de primera y segunda instancias, con excepción de aquéllos que corresponden a las muestras N° 1 y N° 2, decidieron desarrollar interpretaciones y razonamientos legales como consecuencia de haber adoptado un razonamiento práctico circunstancial o utilitarista conformado por cuatro premisas: La primera premisa basada exclusivamente en valores prudenciales orientados a la permanencia en su cargo; la segunda premisa basada en una extrapolación descontextualizada de ciertas partes de los discursos jurídicos de los accionantes; la tercera premisa basada en la interpretación negativa de las finalidades de la garantía jurisdiccional de la acción ordinaria de protección consistentemente con las causales de improcedencia de la misma previstas en el artículo 42 numerales 1, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y la cuarta premisa consistente en la decisión de declarar la improcedencia de las acciones interpuestas.

3.3.9 Las muestras analizadas demuestran que la falta de adopción de teorías principalistas en los razonamientos judiciales de primera y segunda instancias constituye un obstáculo para que las acciones interpuestas cumplan sus finalidades así como para la aplicación de razonamientos prácticos jurídicos – justificativos, incluyendo el modelo metodológico propuesto por Carlos Santiago Nino.

3.3.10 Las muestras analizadas señalan a la decisión de los jueces constitucionales de asumir el conocimiento de los problemas constitucionales planteados por los accionantes como condición previa indispensable para aplicar razonamientos prácticos jurídicos – justificativos, incluyendo el modelo metodológico propuesto por Carlos Santiago Nino.

3.3.11 Las muestras analizadas demuestran que los razonamientos judiciales de primera y segunda instancia empleados consolidaron el ejercicio de las potestades y competencias de los órganos de gobierno impugnados, en ningún caso tales razonamientos tuvieron sustentos teóricos expresos de tipo democrático, de cualquier filosofía, tendencia, criterio u opinión democrática.

3.3.12 Las muestras analizadas demuestran que los razonamientos judiciales de primera y segunda instancia empleados no ofrecieron solución alguna a los problemas sistémicos del Derecho controvertidos a través de las acciones propuestas.

3.3.13 Las muestras analizadas demuestran que los razonamientos e interpretaciones judiciales legales de primera y segunda instancias consideraron sólo parcialmente el horizonte normativo controvertido a través de las acciones propuestas, en ningún caso los jueces constitucionales abordaron a cabalidad ni siquiera el “derecho legal” aplicable al caso.

Bibliografía

- Agraz, César. *Hacia una nueva legitimación de la acción de inconstitucionalidad*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- Aliste, Tomás–Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Álvarez, José. “Racional/Razonable”. En Luis Vega y otros, editores, *Compendio de Lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta S. A. 2011. Págs. 503 – 5.
- Arellano, Carlos. *El juicio de amparo*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- Barberio, Sergio y García, Marcela. “Principio de moralidad”. En Peyrano, Jorge, director, *Principios procesales/Tomo 3*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2011.
- Bedoya, Hubed. *Dogmática como derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Berumen, Arturo. “Derecho y razón comunicativa”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 165 – 78.
- Capella, Juan–Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Quinta edición. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2008.
- Castro, Juan de Dios. *Las partes en el juicio de amparo*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Cerdio, Jorge. “Evaluar mejores y peores sentencias: La métrica de los argumentos”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 219 – 34.
- Cianciardo, Juan. *El principio de razonabilidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.
- Correa, Néstor. *Derecho procesal de la acción de tutela/Tomo 30/ Colección Profesores*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- Correas, Óscar. “Razón, retórica y derecho. El regreso de la retórica”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 145 – 64.

- Góngora, Genaro. *Introducción al estudio del juicio del amparo*. México: Editorial Porrúa, 2003.
- González, Juan. *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- Gozaíni, Osvaldo. *Derecho procesal constitucional / El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.
- Gozaíni, Osvaldo. *Tratado de derecho procesal constitucional/Tomo 1*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2010.
- Hernández, Rafael. *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Hollis, Martin. *Filosofía de las ciencias sociales*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 1998.
- Huerta, Carla. “Solución a los conflictos entre principios”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 179 – 95.
- Iranza, Valeriano, “Justificación”. En Luis Vega y otros, editores, *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 337 – 44.
- Kant, Immanuel. *Crítica a la razón práctica*. Madrid: Editorial Alianza, 2002.
- Lariguet, Guillermo. *Problemas del conocimiento jurídico*. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- Montaña, Juan y Pazmiño, Patricio. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En Jorge Benavides y otros, coordinadores, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de estudios y difusión de derecho constitucional, 2013. Págs. 23 – 48.
- Nino, Carlos. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. México D. F., Fontamara, 1999.
- , *Derecho, Moral y Política*. 2015: [http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Derecho,%20moral,%20y%20pol%C3%ADtica%20\(art%C3%ADculo\).pdf](http://www.stafforini.com/nino/Nino%20-%20Derecho,%20moral,%20y%20pol%C3%ADtica%20(art%C3%ADculo).pdf)
- , *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000.

- , *La validez del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo y Ricardo Depalma, 2003.
- , *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
- Nogueira, Humberto. *El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Nohlen, Dieter. *¿Cómo estudiar ciencia política? / Una introducción en trece lecciones*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2012.
- Olano, Hernán. *Hermenéutica constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2009.
- Olmos, Paula. “Contexto/ Marco del discurso”. En Luis Vega Reñón y otros. *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2013. Págs. 134 – 42.
- Otero, Milagros y Puy, Francisco, *Jurisprudencia dialéctica*. Madrid: Tecnos, 2012.
- Pazos, María. “Normas jurídicas derrotables. Una propuesta de demarcación”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 75 – 100.
- Quinche, Manuel. *La acción de tutela/El amparo en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2011.
- Real Academia de la Lengua. 2015:<http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=imparcialidad>.
- Roca, Victoria. *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Ródenas, Ángeles. *Los intersticios del derecho/Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Schmill, Ulises. “Construcción semántica de la normatividad”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 23 – 47.
- Saldaña, Javier. “El derecho natural y sus dimensiones actuales”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 117 – 41.
- Sánchez, Pablo y Martínez-Sicluna, Consuelo. *Historia del análisis político*. Madrid: Tecnos, 2011.

- Storini, Claudia y Navas, Marco. *La acción de protección en Ecuador / Realidad jurídica y social/ Nuevo derecho Ecuador / tomo 3*. Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2013.
- Tamayo, Rolando. “De jurista a predicador. La fallida conversión de normas en razones”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 49 – 73.
- Vega, Juan. “La postura metodológica de Dworkin. Lo interesante de la crítica”. En Rodolfo Vásquez, editor, *Normas, razones y derechos*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 2011. Págs. 101 – 116.
- Zapata–Barrero, Richard y Sánchez–Montijano, Elena. *Manual de investigación cualitativa en la ciencia política*. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.